Die actio de in rem verso utilis im römischen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

am

Freitag, den 29. Juli 1904, vormittags 11¼ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Felix Mendelsson,

Gerichts-Referendar in Breslau.

Opponenten:

Herr Referendar Dr. Georg Schatzky,

Herr Rechtskandidat Fritz Juliusberger.

BRESLAU 1904.

Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Breslau, Neue Graupenstr. No. 5.

Meiner Mutter

und

dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0034

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung. Die Grundzüge der actio de in rem verso directa . 7

§ 2. I. Die actio de in rem verso utilis der l. 20 und 21 D. de in rem verso 15, 3 18

II. Die allgemeine actio de in rem verso utilis.

§ 3. Vorbemerkung 21

A. Quellenmässiger Nachweis der actio de in rem verso utilis.

I. Die l. 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26.

§ 4. 1. Richtige Auslegung 22

§ 5. 2. Falsche Auslegungen 26

§ 6. 3. Scheinbar entgegenstehende Quellenstellen 38

§ 7. II. Die übrigen Quellenstellen 45

B. Historisch-dogmatischer Nachweis der actio de in rem verso utilis.

§ 8. Die actio de in rem verso utilis im Rahmen der historischen Entwickelung der römischen Stellvertretung 47

§ 9. Die Anwendbarkeit der Grundsätze der actio de in rem verso auf die Geschäfte mit Freien 52

§ 10. Die actio de in rem verso utilis in Hinsicht auf das praktische Bedürfnis 54

§ 11. C. Das Anwendungsgebiet der actio de in rem verso utilis . . 55

§ 1.

Einleitung.

Die Grundzüge der actio de in rem verso directa.

Als actiones utiles werden im römischen Rechte solche Klagen bezeichnet, die nach Analogie einer anderen Klageformel gebildet sind[1]). Die Beziehungen, welche diese actiones utiles mit ihrer Originalklage, der sogenannten actio directa, verbinden, sind bald mehr oder weniger eng, je nachdem die abgeleiteten Klagen nur das Anwendungsgebiet der ursprünglichen Klage erweitern oder Rechte anderen Charakters begründen. In allen Fällen aber haben die actiones utiles als analoge Gebilde wichtige Berührungspunkte mit ihrer actio directa; deshalb ist, bevor auf die actio de in rem verso utilis eingegangen werden kann, zunächst die actio directa in ihren Grundzügen zu erörtern.

Die actio de in rem verso hat ihren historischen Ausgangspunkt in dem altrömischen Institute der potestas des paterfamilias. Ursprünglich fiel bekanntlich in Rom aller Erwerb, den die unter der potestas eines Hausvaters stehenden Sklaven oder Hauskinder machten, unmittelbar ihrem Hausvater zu, und zwar ipso iure, also unabhängig sowohl von dessen, wie von ihrem eigenen Willen. Für Verbindlichkeiten, die ein Gewaltuntergebener einging, galt jedoch das entgegengesetzte Prinzip, denn dieselben hafteten ausschliesslich auf den Gewaltuntertänigen, ohne ihre Wirkung auf die Person des Hausvaters zu erstrecken; nicht einmal mit seinem Willen

[1]) Vergl. Wlassak in Wissora's Real-Encyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, Bd. I, S. 322 f.

konnte der paterfamilias durch seinen Sklaven oder Haussohn verpflichtet werden. Die Folge war, dass, wer mit einem Hausuntertänigen einen Vertrag schloss oder zu ihm in ein quasikontraktliches Rechtsverhältnis trat, eine der Billigkeit widersprechende Stellung erlangte, da der Hausvater ihm gegenüber zu nichts, er selbst aber jenem verpflichtet wurde. Dieser Rechtszustand wurde aber mit der fortschreitenden wirtschaftlichen Entwickelung Roms auf die Dauer unhaltbar und bedurfte der Abhilfe, welche der Prätor dadurch schuf, dass er in einem triplex edictum Klagen aufstellte, durch die unter bestimmten, für jede Klage besonderen Voraussetzungen eine accessorische Haftung des paterfamilias aus den Kontrakten und Quasikontrakten seiner Gewaltuntergebenen neben diesen Personen begründet wurde[1]). Diese Klagen waren die actio quod iussu und die in einer Formel vereinigten actiones de peculio und de in rem verso.

Die actio de in rem verso ist in der Jurisprudenz sehr verschieden gewürdigt worden. Insbesondere ist ihr Grundprinzip streitig, ob nämlich die Klage auf einer dem Herrn aus dem von dem Untergebenen abgeschlossenen Geschäfte zugegangenen Vermögensvermehrung beruht (Bereicherungstheorie)[2]) oder ob die Klage aus einem naturalen Anspruche, der dem Hausuntertänigen infolge einer Geschäftsführung gegen den paterfamilias erwachsen ist, herzuleiten ist (Regresstheorie)[3])

Die vorliegende Arbeit steht auf dem Standpunkte der Regresstheorie.

Allerdings ist nicht abzuleugnen, dass gewichtige Momente für die entgegengesetzte Auffassung sprechen. So schon der Name der actio de in rem verso und insbesondere der Umstand, dass die Quellen in zahlreichen Aussprüchen eine Bereicherung

---

[1]) l. 1, § 1, 2 D. de peculio 15, 1.

[2]) Dieser Auffassung sind: Mandry, Familiengüterrecht, Bd. II, S. 467 ff.; Leist, Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, S. 61 ff; Brinz, Pandekten, Bd. II, § 259; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 14.

[3]) Diese Meinung teilen: Witte, Bereicherungsklagen, S. 254 f.; v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 32; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 483, Note 2; Buchka, Stellvertretung, S. 29 ff.; v. Tuhr, actio de in rem verso, S. 169 ff.

des Herrn als die Basis der Klage hinzustellen scheinen, vor allem die l 16 § 7 D. de in rem verso 15,3:

> Ulpianus: nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum[1]).

Hierzu kommt noch, dass sich in den Quellen einzelne Entscheidungen finden, in denen die Klage gewährt wird, ohne dass sich ein naturaler Regressanspruch des Gewaltuntergebenen — es sei denn gewaltsam — konstruieren liesse[2]).

Andererseits stellen sich aber wiederum der Bereicherungstheorie nicht zu beschwichtigende Bedenken entgegen. Vor allem das eine, dass die actio de in rem verso auch in Fällen Platz greift, in denen von einer Bereicherung des Hausherrn keine Rede sein kann[3]).

Ausserdem betont eine sehr grosse Anzahl von Quellenstellen ganz ausdrücklich das Erfordernis eines dem Gewaltunterworfenen gegen den Herrn zustehenden Naturalregresses:

> Ulpianus: et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem . . . . . (l 3 § 2 D. h. t.[4]).

Im einzelnen sprechen folgende Gründe für die Regresstheorie:

Nach der Bereicherungstheorie soll die actio in rem verso dem Kläger stets dann zustehen, wenn aus dem von ihm mit einem Gewaltuntergebenen abgeschlossenen Geschäfte ein Vermögenswert in das patrimonium des Herrn gelangt ist, und zwar deshalb, weil der Herr hierdurch bereichert ist[5]). In Wirklichkeit liegt aber bei einem solchen Tatbestande eine Bereicherung des Herrn garnicht vor. Denn dadurch, dass der Hausuntertänige den erworbenen Wert dem Vermögen des Gewalthabers zukommen lässt, erwirbt er einen naturalen Er-

---

[1]) Vgl. ferner l. 5, § 8 D. de neg. gest. 3, 5; l. 2, § 6 D. h. t.; l. 17, § 4 D. inst. act. 14, 3.

[2]) l. 60, § 7 loc. cond. 19, 2; l. 7, § 1 D. de in rem verso 15, 3.

[3]) l. 17 pr. D. h. t., l. 3, § 7, 8 D. h. t.

[4]) Ferner l. 17 pr., l. 3, §§ 3, 4 D. h. t.

[5]) Mandry, a. a. O., Bd. II, S. 456 ff.; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 14, S. 39 f.

stattungsanspruch gegen ihn[1]). Der von dem Herrn erlangte Vermögensvorteil wird also wieder aufgehoben durch die dem Hausuntergebenen gegenüber bestehende Erstattungspflicht.

Gegen diese Auffassung ist jedoch der Einwand erhoben worden, dass nicht in allen Fällen, in denen der Gewaltuntergebene dem Herrenvermögen einen Wert zuführt, er auch einen Erstattungsanspruch erlangt. Dies ist richtig: Der Hausuntertänige kann nämlich dann eine Naturalforderung gegen den Herrn nicht erwerben, wenn er kein peculium hat[2]). Diese Kategorie von Fällen scheidet jedoch bei Betrachtung der actio de in rem verso von vornherein aus, da die Klage nur dann statthaft ist, wenn der Gewaltunterworfene Inhaber eines peculium ist. Das beweist die l 1 pr. D. h. t.:

> si hi qui in poteste aliena sunt nihil in peculio habent vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit . . . . . .

Denn in dieser Stelle ist ausdrücklich nur davon die Rede, dass der Gewaltuntergebene ein überschuldetes oder ein ausreichendes peculium hat; der Fall, dass er überhaupt kein peculium hat, ist garnicht in Betracht gezogen[3]). Noch klarer aber offenbart es sich, dass die actio de in rem verso ein peculium voraussetzt, wenn man ihre nahen Beziehungen zu der actio de peculio in Betracht zieht. Für diese Klage und für die actio de in rem verso war nämlich im prätorischen Edikte nur eine einzige Formel aufgestellt:

> eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur (Gaius IV, 74 i. f.),

und in einem und demselben prozessualischen Verfahren wurde über beide Klagen verhandelt und entschieden[4]). Eine solche im Aktionensysteme einzig dastehende Verbindung zweier Klagen ist aber nur dann erklärlich, wenn man annimmt, dass beide auch materiell aufs engste mit einander verwandt sind, dass sie in einem und demselben Boden wurzeln. Da

---

[1]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, Note 2 zu § 483; v. Tuhr, a. a. O., S. 17 ff.

[2]) Mandry, a. a. O., Bd. I, S. 157 ff.

[3]) Baron, Adjektizische Klagen, S. 6 f.

[4]) § 4 b Inst. quod cum eo 4, 7.

nun die actio de peculio unbestreitbar ein Erzeugnis des Pekuliarrechts ist, so muss das Gleiche ebenso von der actio de in rem verso gelten; deshalb ist der Schluss unabweislich, dass auch diese Klage das Requisit des peculium nicht entbehren kann.

Mandry[1]) behauptet, dass auch bei Anwesenheit eines peculium es eine Gruppe von Fällen gäbe, in denen dem Gewaltunterworfenen durch Erwerb für das patrimonium ein Naturalanspruch gegen den Herrn nicht erwüchse. Er unterscheidet zwischen zwei Möglichkeiten: Der Hausuntergebene erwirbt unmittelbar für seinen Herrn (direkte Version) oder er wendet ihm ein vorher bereits in sein peculium gelangtes Objekt zu (indirekte Version). Im letzteren Falle nur soll der Gewaltuntertänige einen Naturalanspruch erwerben, im ersteren aber nicht. Gegen diese Auffassung der direkten Version durch Mandry spricht jedoch folgende Erwägung: Wenn ein Hausuntertäniger einen Gegenstand unmittelbar für den Herrn erwirbt und mit Pekuliargeld bezahlt, so kann es nicht zweifelhaft sein, dass er gegen den Herrn einen naturalen Anspruch erlangt. Es liegt aber nicht der geringste Grund vor, anzunehmen, dass dies anders sein sollte, wenn der Gewaltunterworfene statt bar zu zahlen, Kredit in Anspruch nimmt, da er in diesem Falle sein peculium, wenn auch nicht vermindert, so doch mit einer Schuld belastet[2]). Die Mandry'sche Auffassung scheitert ferner gegenüber der l 7 § 1 D. de in rem verso 15, 3:

> plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

In dieser Stelle, die von einer direkten[3]) Version handelt, ist ausdrücklich gesagt, dass der Hausvater deshalb nicht Pekuliarschuldner geworden ist, weil der Sklave ihn beschenken will; hieraus folgt aber, dass andernfalls eine Pekuliarforderung gegen ihn entstanden sein würde.

Da also, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, in allen für die actio de in rem verso in Betracht kommenden Fällen

---

[1]) Mandry, Bd. II, S. 499.

[2]) Ebenso v. Tuhr, S. 5.

[3]) Mandry, S. 500; v. Tuhr, S. 198 ff.

eines Erwerbes für das patrimonium durch einen Sklaven oder Haussohn der Vermögensvermehrung des Herrn ein Regressanspruch des Gewaltuntergebenen gegenübersteht, kann die actio de in rem verso keinesfalls auf einer Bereicherung im technischen Sinne beruhen.

Völlig offenbar wird die Unhaltbarkeit der Bereicherungstheorie, wenn man die actio de in rem verso der actio de peculio gegenüberstellt. Mit der letzteren Klage haftet der paterfamilias für die geschäftlichen Verbindlichkeiten seines Gewaltuntergebenen, dem er ein peculium eingeräumt hat, bis zum Betrage dieses Sondervermögens. Zu dem peculium in diesem Sinne gehören nicht nur körperliche Gegenstände und Forderungen gegen dritte, sondern auch die dem Gewaltuntergebenen gegen seinen Herrn zustehenden Naturalansprüche. Dieselben werden daher auch von der actio de peculio miterfasst und kommen so den Pekuliargläubigern des Hausuntergebenen zugute:

> sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit (l 7 § 6 D. de pecul. 15, 1).

Infolgedessen vermag ein Gläubiger, der mit einem Hausuntergebenen kontrahiert hat, wenn dieser den durch das Geschäft erlangten Wert in das patrimonium seines Herrn verwendet, seine Befriedigung dadurch zu finden, dass er den dem Gewaltuntergebenen durch jene Verwendung gegen den Herrn entstandenen Naturalanspruch mittels der actio de peculio für sich geltend macht. Da dieser Naturalanspruch regelmässig seinem Betrage nach dem durch den Gewaltuntertänigen dem Herrn zu gute gebrachten Vermögensvorteile entsprechen wird, so ergibt sich, dass ein Gläubiger mit der actio de peculio dasselbe zu erlangen imstande ist, was er nach der Bereicherungstheorie mit der actio de in rem verso erreichen soll. Der Unterschied zwischen der actio de peculio, auf den gedachten Fall angewendet, und der actio de in rem verso würde daher nur auf theoretischem Gebiete liegen, indem die erstere auf den Ersatzanspruch des Gewaltunterworfenen, die letztere auf die Bereicherung des Herrn sich stützte, der praktische Erfolg beider Klagen würde aber der gleiche sein. Eine solche Konsequenz widerspricht jedoch dem Standpunkte der Quellen, die ausdrücklich besagen, dass,

wer mit der actio de in rem verso klagt, besser gestellt ist als derjenige, der bloss die actio de peculio anstellt:

> 1 1 § 2 D. de in rem verso 15, 3: item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat.

Dass diese Stelle die Position des Versionsklägers nicht bloss darum eine bessere nennt, weil die actio de in rem verso nicht ebenso wie die actio de peculio innerhalb eines annus utilis nach Beendigung des Gewaltverhältnisses verjährt, ergibt sich daraus, dass die Stelle von einem gleichzeitigen Anstrengen beider Klagen spricht, mithin eine Zeit im Auge hat, wo die Verjährung der actio de peculio noch nicht eingetreten ist. Die Bereicherungstheorie vermag also nicht zu erklären, worin das dem Versionskläger vor dem Pekuliarkläger gewährte Vorzugsrecht besteht, und an dieser Tatsache muss sie scheitern.

Woher aber die häufigen Hinweise auf eine Bereicherung des Herrn in den Quellen, wenn eine solche doch nicht die Grundlage der actio de in rem verso bildet? Diese Erscheinung erklärt sich in durchaus befriedigender Weise aus der Entwicklung, die die actio de in rem verso im Verlaufe der römischen Rechtsgeschichte durchgemacht hat[1]).

Im älteren römischen Rechte hatte nämlich die actio de in rem verso unzweifelhaft den Charakter einer reinen Bereicherungsklage[2]). Es hing dies damit zusammen, dass infolge der geringen Rolle, die in dieser Zeit die Pekulien spielten — sie waren blosse Sparvermögen der Hausuntergebenen[3]) — damals die Möglichkeit des Bestehens einer Naturalforderung des Gewaltunterworfenen gegen seinen Herrn vom Rechte noch nicht anerkannt wurde[4]). Infolgedessen konnte die actio de peculio für den Fall, dass der Sklave oder Haussohn das durch ein Geschäft mit einem Dritten erlangte Vermögensobjekt in das patrimonium brachte, dem dritten Kontrahenten nicht genügenden Schutz gewähren, da sie nur auf den Betrag des

---

[1]) v. Tuhr, S. 259 ff.; Wellspacher, Versio in rem, S. 4 ff.

[2]) v. Tuhr, S. 288 f.; Wellspacher, S. 6.

[3]) Pernice, „Labeo", Bd. I, S. 121 ff.; S. 382; Mandry, Bd. II, S. 25 ff.; v. Tuhr, S. 263 ff.

[4]) v. Tuhr, a. a. O., S. 275; Wellspacher, S. 6.

peculium ging, in diesem aber der in das Herrenvermögen gelangte Wert fehlte, ohne dass ein an seine Stelle getretener naturaler Ersatzanspruch des Gewaltuntertänigen gegen den Herrn jenes Manko im peculium wieder ausgeglichen hätte. Diesem Mangel der Pekulienklage abzuhelfen, war die Bestimmung der actio de in rem verso, die eine Haftung des Herrn für den ihm zugute gekommenen Wert aus dem Gesichtspunkte einer ungerechten Bereicherung statuierte.

Der wirtschaftliche Aufschwung Roms in der Kaiserzeit bewirkte auch eine tiefgehende Umwälzung in dem Pekuliarwesen; die Pekulien hörten auf blosse Sparvermögen zu sein und wurden zu Kapitalien, die der Verfügung des Gewaltunterworfenen unterstellt waren, um ihm als Grundlage für seine wirtschaftliche Existenz zu dienen[1]). Eine Folge dieser den Pekulien nunmehr innewohnenden gesteigerten Bedeutung war es, dass Naturalforderungen des Pekulieninhabers gegen seinen Hausvater zu rechtlicher Anerkennung gelangten[2]). Dieser Umstand hatte zur weiteren Konsequenz, dass die actio de peculio jetzt imstande war, die Rolle der actio de in rem verso selbst zu übernehmen, da die durch den Gewaltuntergebenen erfolgende Verwendung eines Wertes in das patrimonium einen Naturalanspruch erzeugte, der dem peculium zugerechnet wurde. Die actio de in rem verso in ihrer bisherigen Gestalt wurde daher überflüssig: die Jurisprudenz verwandte sie dazu, um einem neuen Gedanken Geltung zu verschaffen: aus der Bereicherungs- wurde eine Regressklage[3]).

Wenn man diese historische Entwickelung der actio de in rem verso ins Auge fasst, so kann die mehrfache Erwähnung des Momentes der Bereicherung in den Justinianischen Rechtsbüchern nicht befremden. Ist es doch eine sehr häufige Erscheinung, dass für ein Rechtsinstitut Ausdrücke in Anwendung kommen, die ihre eigentliche Bedeutung, die sie früher einmal hatten, längst verloren haben.

Die actio de in rem verso, wie sie uns in den Quellen entgegentritt, ist zu einer Regressklage geworden, und zwar

[1]) Mandry, Bd. II, S. 26; Pernice, Bd. I, S. 136 ff.
[2]) v. Tuhr, S. 290; Wellspacher, S. 7.
[3]) v. Tuhr, a. a. O.

beruht sie auf einem naturalen Liberationsanspruch des Hausuntertänigen gegen seine Gewalthaber. Dies bedarf einer näheren Erläuterung.

Wenn ein Gewaltuntergebener als Geschäftsführer (Mandatar oder negotiorum gestor) Werte in das patrimonium bringt, so erlangt er dadurch einen naturalen Regressanspruch aus Mandat oder negotiorum gestio. Dieser Regressanspruch hat in einem Falle eine ganz eigenartige Gestalt, dann nämlich, wenn der geschäftsführende Gewaltuntergebene eigens zu dem Zwecke, um sich die Mittel für seine Geschäftsführung zu verschaffen, eine Verbindlichkeit eingegangen ist. Denn in diesem Falle ist der Gewaltunterworfene nicht berechtigt, von dem Herrn Zahlung an sich zu verlangen[1]); er hat ja selbst nichts weggegeben. Sein Anspruch geht vielmehr nur dahin, dass ihn der Herr von der zu seinen Gunsten eingegangenen Schuld befreie, also an den dritten Gläubiger zahle; der Regress des Gewaltunterworfenen ist ein Liberationsregress. Ein solcher Liberationsregress bildet zwar einen Aktivbestandteil des peculium, wird aber von der actio de peculio nicht mitergriffen. Der Grund hierfür liegt darin, dass er als allgemeines Befriedigungsobjekt für die Gläubiger nicht in Betracht kommt. Denn da der Regress nicht auf Zahlung an den Gewaltuntergebenen, sondern auf Zahlung an einen bestimmten Gläubiger geht, so ist er mit Ausnahme dieses einen für alle anderen Gläubiger ohne jeden praktischen Wert. Er kann deshalb auch bei Ausmittelung des Betrages des peculium für die actio de peculio nicht mitgerechnet werden[2]).

In diese Lücke der Pekulienklage tritt die actio de in rem verso ein, indem sie das Recht des Hausuntertänigen, Zahlung an seinen Gläubiger zu verlangen, auf diesen Gläubiger selbst überträgt[3]). Vermittels der actio de in rem verso kann daher der naturale Liberationsregress des Gewaltuntergebenen gegen den Herrn in Anspruch genommen werden, aber nur von demjenigen Gläubiger, für den er einzig und allein einen Nutzen hat, d. i. von dem, an den die Zahlung zu leisten ist.

---

[1]) v. Tuhr, S. 47 ff.; Dernburg, Bd. II, S. 338, Note 5; Wellspacher, S. 8 ff.

[2]) v. Tuhr, S. 130 ff.

[3]) v. Tuhr, S. 131.

Im Folgenden bedarf es noch einer kurzen Betrachtung der Erfordernisse der actio de in rem verso im Einzelnen:

Die Klage setzt zunächst voraus, dass der Kläger mit einem Gewaltuntergebenen des Beklagten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat[1]; wesentlich ist hierbei, dass der Gewaltuntergebene Inhaber eines peculium ist[2]. Sie gelangt zur Entstehung dadurch, dass dem Gewaltuntergebenen gegen den Herrn ein naturaler Liberationsanspruch erwächst:

> . . . . . quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem . . . . . (l 3 § 2 D. h. t.).

Der Gewaltunterworfene (Vertent) muss daher das Geschäft von vornherein im Interesse des Beklagten als Mandatar oder negotiorum gestor abgeschlossen haben, d. h. in der Absicht, die erlangten Werte im Nutzen des Herrn zu verwenden (animus negotia gerendi)[3], denn sonst könnte er keinen Liberationsanspruch erwerben. Dagegen ist es ohne Bedeutung, ob er die Werte unmittelbar seinem Herrn zu gute bringt oder zuvörderst in sein peculium aufnimmt[4]. Der Gewaltunterworfene muss ferner bei Vornahme der Verwendung den animus obligandi gegenüber dem Hausherrn gehabt haben[5]:

> si donavit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit . . . . (l 7 pr. D. h. t.).

Ausserdem darf der Herr seinem Hausuntergebenen die Verwendung weder vorher noch nachträglich vergütet haben, ebensowenig darf durch Kompensation mit einer Gegenforderung ein Ausgleich erfolgt sein, denn andernfalls mangelt es an einem Regress des Gewaltunterworfenen. Die Quellen sprechen diesen Grundsatz direkt aus in l 10 § 6 D. h. t.:

> Versum autem sic accipimus ut duret versum; et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio;

---

[1]) Vgl. oben S. 8 f.

[2]) Vgl. oben S. 10.

[3]) l. 3, § 9 h. t.; v. Tuhr, S. 188 ff.; Leist, Eingreifen, S. 64 ff.

[4]) l. 3, § 1; l. 5, § 3 h. t.

[5]) Scheinbar entgegengesetzt l. 7, § 1 D. h. t.; vgl. darüber v. Tuhr, S. 198 ff.

und l 10 § 7 eod.

> . . . . . sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum.

Für den Fall, dass der Hausuntergebene als negotiorum gestor seines paterfamilias die Verwendung vorgenommen hat, ist weiter erforderlich, dass die Verwendung eine nützliche oder vom Herrn ratihabierte ist; denn nur dann entsteht ein Regress. Ein spezielles Quellenzeugnis liefert die l 3 § 4 D. h. t.:

> Si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit.

Ohne zulänglichen Grund stellt Leist[1]) für die actio de in rem verso noch ein weiteres Erfordernis auf; er verlangt nämlich, dass der Versionskläger Kenntnis von der Versionsabsicht des Gewaltuntergebenen gehabt haben muss. Eine solche Voraussetzung ist jedoch aus den Quellen nicht nachweisbar[2]); prinzipiell spricht dagegen, dass die blosse Kenntnis eines Umstandes rechtsbegründende Wirkung nicht haben kann.

Da die Grundlage der Klage der Regressanspruch des Gewaltuntertänigen bildet, so folgt für den Umfang der gegebenen Verpflichtung, dass durch die actio de in rem verso der Herr nicht in solidum verhaftet wird, d. h. nicht verpflichtet ist, den dem Versionskläger gegen den Vertenten zustehenden (bei Sklaven bloss naturalen) Anspruch in voller Höhe zu befriedigen. Sondern die Haftung des Herrn erstreckt sich nur soweit, als der Hausuntergebene von ihm Liberation verlangen kann:

> In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est: proinde, si pars versa est, de parte erit actio (l 10 § 4 D. h. t.).

---

[1]) Leist, a. a. O., S. 64.

[2]) Mandry, Bd. II, S. 514 ff.; v. Tuhr, S. 111 f.

§ 2.

I. Die actio de in rem verso utilis der l 20 und 21 D. de in rem verso 15, 3.

Da die Analogie im Rechtsleben nach verschiedener Richtung wirksam werden kann und eine Beschränkung für die Bildung analoger Institute mit Ausnahme der unerlässlichen rechtlichen Ähnlichkeit des ursprünglichen Verhältnisses mit dem nachgebildeten Verhältnisse nicht gegeben ist, so können je nach dem praktischen Bedürfnisse einer actio directa mehrere actiones nachgebildet werden, die zwar einen gleichen Namen haben, in der Tat aber zur Verfolgung verschiedener Ansprüche dienen sollen. Ein sehr prägnantes Beispiel hierfür bietet die rei vindicatio, von der zahlreiche actiones utilis abgeleitet worden sind, wovon nur erwähnt werden mögen: Die utiles vindicatio des betrogenen Konkursgläubigers[1]), die utilis vindicatio des Mündels in betreff der von dem Vormunde mit seinem Gelde angeschafften Gegenstände[2]) und die utilis vindicatio des Emphyteuta[3]).

Die gleiche Erscheinung zeigt auch die actio de in rem verso, indem sie zwei verschiedenen actiones utiles die Basis gegeben hat. Die weitaus wichtigere dieser beiden Klagen, die den eigentlichen Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet, ist später zu betrachten; zunächst soll kurz auf die minder wichtige, nämlich die actio de in rem verso utilis der l 20 pr. und l 21 D. de in rem verso 15, 3 eingegangen werden:

L. 20 pr. l. c. (Scaevola libro primo responsorum):

Pater pro filia dotem promisit et convenit, ut ipse filiam aleret: non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit et mortua est in matrimonio. respondi, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus

[1]) § 6 Inst. de act. 4, 6; vgl. Lenel, Edictum perpetuum, S. 351 ff.; Dernburg, Bd. II, S. 388 § 144.

[2]) l. 2 D. quando ex facto 26, 9; l. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51; vgl. Windscheid, Bd. I § 174 Anm. 9; Dernburg, Bd. I § 225 Anm. 9.

[3]) l. 16 D. de servo 8, 1; l. 1 § 1 D. si ager vectigalis 6, 3; vgl. Windscheid, Bd. I § 219 Anm. 9; Dernburg, Bd. I § 260 Anm. 10; Lenel, a. a. O. S. 146 f.

aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

L. 21 l. c. (Idem libro quinto Digestorum):

Filiam familias duxit uxorem patre dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur. maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuste putaret patrem eius ministraturum tantum salarium quantum dare filiae suae instituerat. eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos, quos secum habebat, consumpsit aliquantum et, cum ei res familiares creditae essent, ex pecunia mariti in easdem causas convertit. deinde priusquam pater salarium expleret moritur filia. pater impensam recusat. maritus res mulieris retinet. quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, si ad ea id quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

Beiden Quellenstellen liegt offenbar ein identischer Tatbestand zu Grunde, indem die knappere Stelle in den Responsen Scaevola's nur ein Auszug der ausführlicheren in seinen Digesten zu sein scheint.

Über die in diesen Stellen gewährte Klage sind die Meinungen sehr geteilt. Am einfachsten fand sich die Glosse mit dieser actio de in rem verso utilis ab, indem sie „utilis" als gleichbedeutend mit „efficax" auffasste, ein Notbehelf, der nur zulässig erschiene, wenn eine andere Deutung völlig ausgeschlossen wäre.

Die Scholie 109 zu den Basiliken XVIII, 7c 20 [1]) sah den Grund dafür, dass die Klage eine utilis actio und keine directa ist, in der beschränkten Verpflichtungsfähigkeit der uxor filia familias (im Gegensatze zum filius familias). Allein diese Auffassung kann nicht standhalten angesichts der l 27 pr. D. de peculio 15,1, wo ausdrücklich für den Fall einer Version die Verpflichtungsfähigkeit der Frauen anerkannt ist, da der Text dahin lautet:

Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: longe magis non dubitatur, et si in rem

[1]) Ausgabe von Heimbach, Leipzig 1840, Bd. II, S. 255.

versum est, quod iussu patris dominive contractum sit.

Baron[1]), der die Worte „actionem de in rem verso utilem“ mit „Klage wirksam in Höhe des Verwendeten“ übersetzt, nimmt eine Klage aus der ursprünglichen Stipulation an. Doch es ist kaum angängig, die stets eine technische Bezeichnung bildenden Worte „actionem de in rem verso“ auseinanderzureissen und überdies den Satz in so gezwungener Weise zu konstruieren. Ausserdem gilt für „utilis“ in der Bedeutung „wirksam“ auch hier das gegenüber der Auffassung der Glosse Bemerkte.

Wenn Löwenfeld[2]) die Klage darum als utilis erklärt, weil die Version auf einem Delikte und nicht auf einem Kontrakte beruhe, indem die Frau durch Verwendung von dem Manne gehörigen, ihr anvertrauten Geldern (aliquantum et, cum ei res familiares creditae essent, in easdem causas convertit) ein furtum begangen habe, so erscheint auch diese Auslegung nicht zutreffend. Denn unter res familiares sind richtigerweise nicht Gelder des Mannes zu verstehen, sondern Sachen, die der Vater seiner Tochter zur Benutzung oder Verwaltung überlassen hat[3]). Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass es sich um Gelder des Mannes handelt, so ist deren Verwendung keineswegs notwendig ein furtum, wie insbesondere daraus erhellt, dass die Gesetzesstelle in keiner Weise auf einen Dolus der Frau hindeutet, der doch für den Begriff des furtum wesentlich wäre. Das für die actio utilis entscheidende Moment kann aber ausserdem garnicht in der Inangriffnahme anvertrauter Gelder des Mannes liegen, da in l 20 dieses Faktum überhaupt nicht erwähnt wird.

Hinzuweisen ist noch auf die Auffassung Mandrys[4]), der den Grund dafür dass die Versionsklage als actio utilis gegeben ist, in dem Umstande sieht, dass die Frau in dem vorliegenden Falle suum negotium und nicht negotium patris geriert hat. Dies kann aber höchstens von den Verwendungen

[1]) Baron, a. a. O., S. 43 ff.

[2]) Löwenfeld, Die selbständige actio de in rem verso, § 12, S. 51 ff.

[3]) Ebenso Baron, a. a. O., S. 45.

[4]) Mandry, Bd. II, S. 466, Note 3; und Glück, Kommentar, Bd. 14, S. 420, Note 69.

gelten, die die Frau für ihren eigenen Unterhalt, nicht aber von denen, die sie auf die servi paterni und die res familiares gemacht hat; es müssten denn diese Sklaven und Gegenstände ein der Tochter von ihrem Vater gegebenes peculium darstellen. Eine solche Annahme ist aber darum ausgeschlossen, weil in diesem Falle der Ehemann die actio de peculio gehabt, einer utilis actio de in rem verso also nicht benötigt haben würde.

Als die richtige Auslegung ist vielmehr folgende anzusehen: Wenn in den Stellen dem Ehemann die actio de in rem verso nicht als directa, sondern als utilis gewährt wird, so liegt der Grund hierfür in dem Umstande, dass die Frau kein peculium gehabt hat[1]). Aus diesem Grunde konnte der Ehemann gegen den paterfamilias weder mit der actio de peculio noch mit der actio de in rem verso vorgehen. Ihm zu helfen, war jedoch ein Gebot der Billigkeit. Da im übrigen der Tatbestand der Version vorlag, so war deshalb für Scaevola nichts näherliegend, als dem Ehemann die actio de in rem verso utiliter zu gewähren.

II. Die allgemeine actio de in rem verso utilis.

§ 3.

Vorbemerkung.

Während es sich bei der vorstehend erörterten actio de in rem verso utilis um eine analoge Anwendung der Versionsklage auf einen einzelnen, ganz speziellen Fall handelt, ist die andere von der actio de in rem verso directa abgeleitete actio utilis von allgemeinerer Bedeutung. Sie überträgt nämlich die Grundsätze der Versionsklage auf den Verkehr mit freien Geschäftsführern, greift also in allen den Fällen Platz, in denen zwar ein Gewaltverhältnis fehlt, im übrigen aber der Tatbestand der eigentlichen Versionsklage gegeben ist.

Auch diese allgemeine actio de in rem verso utilis ist, und zwar in noch höherem Masse als die spezielle, ein Gegenstand des Streites in der juristischen Litteratur. Drei Fragen sind es vor allen Dingen, in denen hierbei die Meinungen der Schriftsteller auseinandergehen: einmal, ob überhaupt die Klage

[1]) Ebenso v. Tuhr, S. 258 f.

existiert, d. h. ob im römischen Rechte eine Anwendung der Versionsklage auf Geschäfte mit Freien stattgefunden hat, ferner, ob die Klage ein Erzeugnis des klassischen römischen Rechts ist oder erst der Justinianischen Gesetzgebung ihr Dasein verdankt, und drittens, wie weit sich das Anwendungsgebiet der Klage erstreckt.

Die Lösung dieser drei Fragen bildet den Gegenstand der nachstehenden Untersuchung.

Wenn dabei die ersten beiden Fragen gemeinschaftlich abgehandelt werden, so geschieht dies deshalb, weil bei ihrer engen Verknüpfung eine getrennte Erörterung unzweckmässig erscheint.

A. Quellenmässiger Nachweis der actio de in rem verso utilis.

I. Die l. 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26.

§ 4.

1. Richtige Auslegung.

An dem grossen Streite, der in der Litteratur über die Ausdehnung der actio de in rem verso im römischen Rechte auf den Verkehr mit freien Geschäftsführern herrscht, trägt vor allem das dürftige Quellenmaterial die Schuld. Eine einzige Stelle in der grossen Gesetzsammlung Justinians ist es nämlich, die einen sicheren Schluss auf eine actio de in rem verso utilis zulässt. Diese Stelle ist die l. 7 C. quod cum eo 4, 26, welche ein von den Kaisern Diocletian und Maximian im Jahre 293 erlassenes Reskript enthält, das an einen gewissen Crescens gerichtet ist. Der Wortlaut dieses Reskriptes im Justinianischen Codex ist folgender:

> Ei, qui servo alieno dat mutuam pecuniam, quamdiu superest servus, item post mortem eius intra annum de peculio contra dominum competere actionem vel, si in rem domini haec versa sit quantitas, post annum etiam esse honorariam non est ambigui iuris. (§ 1.) Quapropter si quidem in rem domini versa pecunia est, heredes eius convenire potes de ea summa, quae in rem

ipsius processit. (§ 2.) Si vero hoc probari non potest, consequens est ut superstite quidem servo dominum de peculio convenias vel, si iam servus rebus humanis exemptus est vel distractus seu manumissus nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis. (§ 3.) Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Der für actio de in rem verso utilis in Betracht kommende Teil der Gesetzesstelle ist der § 3, eine der vielumstrittensten Stellen des Corpus iuris, über die sich die allerverschiedensten Auffassungen in der Literatur vorfinden.

Die Übersetzung lautet entsprechend der hier vertretenen Ansicht:

„Dagegen, wenn Du mit einem freien Geschäftsführer des Mannes, den Du in Deinem Bittschreiben erwähnst, einen Vertrag abgeschlossen hast und seine (des Geschäftsführers) Person ausgewählt hast, so siehst Du offenbar, dass Du gegen den Herrn keine Klage gehabt hast, ausser wenn das Geld in sein Vermögen gelangt ist oder er diesen Kontrakt genehmigt hat".

Der Tatbestand ist danach folgender:

Ein Mann — nennen wir ihn A — hat einem andern, namens B, ein Darlehn gegeben. [Dass es sich um ein Darlehn handelt, geht aus dem prinzipium leg. cit. und dem Worte „pecunia" des § 3 hervor.] Dieser B war aber Geschäftsführer (rem agens) eines Dritten, C, und zwar unbeauftragter [negotiorum gestor, wie aus den Worten „vel hunc contractum ratum habuit" sich ergibt]. Bei Abschluss des Kontraktes hat nun der B dem A mitgeteilt (oder der A hat es sonst irgendwoher gewusst), dass er als Geschäftsführer für C fungiere, aber A hat (ausdrücklich oder stillschweigend) erklärt, dass er den B als Schuldner wähle [sich an den B halten wolle; dies alles liegt in den Worten „et eius personam elegisti". Denn diese Worte setzen eine Wahl voraus; wählen kann man aber nur, wenn man weiss, dass es sich um mehr

als einen handelt]. Der Geschäftsführer ist dadurch Darlehnsschuldner des Darleihers geworden. Ausserdem aber (so heisst es weiter) ist es ganz klar (pervides), dass A gegen C eine Klage nur in zwei Fällen habe: 1. wenn das geliehene Geld in das Vermögen des C gelangt ist (in rem eius processit) oder 2. wenn C den Darlehnsvertrag genehmigt hat.

Für eine Untersuchung über die actio de in rem verso utilis kommt nur in Betracht, welches Klagerecht in dem ersten der beiden in der Konstitution erwähnten Fälle, also wenn das geliehene Geld in das Vermögen des Dritten gelangt ist, Platz greift. Dass dieses Klagerecht nur eine utiliter aus Verträgen mit Freien gewährte actio de in rem verso sein kann, ergeben die nachstehenden Erörterungen.

Schon der Wortlaut selbst: „nisi in rem eius pecunia processit" weist darauf hin. Denn dass das „in rem procedere" mit dem sonst üblichen „in rem verti" völlig synonym ist, geht ausser aus zahlreichen anderen Stellen auch aus dem § 1 unserer lex hervor, wo die beiden Ausdrücke zur Bezeichnung einer Version durch einen Gewaltuntergebenen unmittelbar neben einander stehen: Si quidem in rem domini versa pecunia est, heredes eius convenire potes de ea summa, quae in rem ipsius processit. Unbegründet zeigt sich daher die Ansicht von Huschke[1]), der aus den Worten „nisi in rem eius pecunia processit" gerade einen Beweis gegen die Zulässigkeit der actio de in rem verso utilis herauslesen will: die Reskribenten sollen hier den auf die actio de in rem verso hinweisenden Ausdruck „in rem vertere" absichtlich vermieden und dafür das zwar gleichbedeutende, aber „mehr objektive und allgemeine" „in rem procedere" gewählt haben. Auf eine solche Absicht der Verfasser des Reskriptes deutet aber nichts hin, und auch Huschke selbst gibt keinen Beweis für sie an. Sie ist auch völlig unwahrscheinlich, denn wenn die Reskribenten eine Verwechslung mit der actio de in rem verso hätten verhindern wollen, so hätten sie sicherlich eine völlig andere Ausdrucksweise gewählt, anstatt ein Wort, dass sie wenige Zeilen vorher für die actio de in rem verso gebraucht, hatten in einem von der früheren Stelle abweichenden Sinne anzuwenden.

[1]) Huschke, „Darlehn", S. 76.

Ein weiterer Grund für die Annahme einer actio de in rem verso in unserem Falle liegt darin, dass in den ersten Paragraphen der Konstitution von einer durch einen Sklaven erfolgten Version und von einer actio de in rem verso directa die Rede ist. Diesem Falle wird nun im § 3 eine durch einen freien Geschäftsführer vermittelte Version gegenübergestellt. Hätte in diesem Falle eine andere Klage Platz greifen sollen, so würden gewisslich die Verfasser der Konstitution diese Klage besonders erwähnt haben. Man kann daher das Schweigen der Stelle über den Namen der Klage nicht anders als in dem Sinne deuten, dass auch in diesem Falle eine actio de in rem verso zuständig ist. Hierzu kommt noch der Umstand, dass die Konstitution in dem Kodextitel: Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, vel de peculio, sive quod iussu aut de in rem verso steht, also auch schon die Titelüberschrift einen Anhalt für die Annahme einer actio de in rem verso bietet.

Doch auch innerlich ist die actio de in rem verso gerechtfertigt, denn der Fall liegt, abgesehen von dem Mangel der potestas, dem im prinzipium dargestellten völlig analog. In beiden Fällen steht in Frage ein einem Geschäftsführer[1]) von einem dritten Kontrahenten gegebenes Darlehn, und in beiden Fällen wird diesem letzteren eine Klage gegen den Geschäftsherrn gewährt, wenn das Geld in dessen Vermögen gelangt ist. Die für den zweiten Fall hinzugefügte Modifikation, dass der dritte Kontrahent erklärt hat, sich an den Geschäftsführer halten zu wollen (et eius personam elegisti) ändert an der Gleichheit der Sachlage nichts. Denn durch diese Erklärung wird nur bezeugt, dass der animus credendi des dritten Kontrahenten sich nicht auf den Herrn gerichtet, dass der Darleiher also non contemplatione domini kontrahiert hat. Dieser Umstand ist deshalb von grösster Wichtigkeit, da, wenn der Dritte das Darlehn contemplatione domini gegeben hätte, er gegen den Herrn dadurch eine actio negotiorum gestorum contraria erlangt haben würde, während der Geschäfts-

[1]) Damit der dritte Kontrahent durch den Sklaven eine actio de in rem verso directa erlangt, muss dieser als Geschäftsführer seines Herrn gehandelt haben. Vgl. oben S. 16.

führer überhaupt nicht verpflichtet worden wäre. Dies beweisen die l 5 § 3 D. de neg. gest. 3, 5:

> Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habeb› actionem› adversus eum, cum quo contraxi, nullam;

und die l 10 § 5 D. de in rem verso 15, 3:

> Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Durch die Hinzufügung der Worte „et eius personam elegisti" wird also beabsichtigt, nur den Fall auszuschliessen, in dem der Gläubiger eine actio negotiorum gestorum hat, und erst dadurch wird die Analogie des Tatbestandes im principium und im § 3 — abgesehen von der potestas — eine völlige, und damit auch der Schluss auf die analoge Klage im zweiten Falle geboten.

§ 5.

2. Falsche Auslegungen.

Dem Tatbestande der l 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26 ist von vielen Juristen eine andere Auffassung zuteil geworden als die hier zugrunde gelegte, und auch eine Auszahl derer, welche die obige Auffassung teilen, ist wiederum geneigt, in der Stelle eine andere Klage als die actio de in rem verso utilis zu erkennen.

a) Actio de in rem verso directa.

Am wenigsten stichhaltig erscheint hierbei die von Schlossmann in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 28 S. 338 ff. ausgesprochene Ansicht. Er versteht unter dem „liber" einen filius familias in potestate, im Gegensatz zu dem im principium und den §§ 1 und 2 erwähnten servus in potestate und nimmt ferner nach diesem Teile der Stelle an, dass das Darlehn zwar dem Sklaven ausbezahlt wurde, dass aber der filius familias den Kontrakt abgeschlossen hat, wobei der Gläubiger eius personam elegit: Bei diesem Tatbestande wird der Vater trotz des senatus consultum Macedonianum aus dem Darlehn

seines Sohnes verpflichtet, wenn das Geld in sein Vermögen geflossen ist, und zwar ist gegen ihn die actio de in rem verso directa begründet.

Eine eingehende Wiederlegung dieser Auffassung erübrigt sich, da Schlossmann[1]) neuerdings selbst erklärt hat, seine Ansicht, die Lenel[2]) treffend eine „Verzweiflungsaushilfe" nennt, nicht mehr aufrechterhalten zu können. Es ist nur zu bemerken, dass es sprachlich keinesfalls als zulässig erscheint, „liber" hier als synonym mit „filius familias" aufzufassen[3]).

b) Condictio sine causa.

Nur den Gesichtspunkt der dauernden und grundlosen Bereicherung vermag in der Konstitution von Keller[4]) zu finden. Daher hält er die dem Gläubiger gegen den Geschäftsherrn gewährte Klage für eine condictio sine causa, eine Ansicht, die auch Huschke[5]) teilt, der allerdings damit konkurrierend auch eine actio negotiorum gestorum contraria für zulässig erklärt. Dieser Ansicht steht indes entgegen, dass die Erfordernisse der condictio sine causa in der l 7 § 3 cit. fehlen[6]). Denn die condictio sine causa verlangt vor allem eine Bereicherung des Beklagten, während es an einer solchen hier vollständig mangelt. Allerdings ist das Vermögen des Geschäftsherrn durch die Verwendung des Geschäftsführers vermehrt worden; aber dieser hat in derselben Höhe einen Anspruch auf Ersatz gegen den Herrn erlangt. Das Plus aus der Verwendung hebt sich also mit dem Minus der Ersatzpflicht in

---

[1]) In den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 36, S. 317.

[2]) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. 78, S. 355, Anm. 3.

[3]) Erwähnenswert ist auch die Ansicht von Fritz in seinen Erläuterungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts 1839, Bd. II, S. 251. Er versteht unter dem „liber rem eius agens" einen „freien" Geschäftsführer im Gegensatze zu dem „unfreien" servus. Er unterscheidet daher zwei Fälle: 1. dass der freie Geschäftsführer filius familias ist; 2. dass der freie Geschäftsführer auch nicht unter potestas steht. — Dass diese Auffassung unhaltbar ist, ergibt der gesamte innere Zusammenhang der Stelle.

[4]) v. Keller, Pandekten, § 235.

[5]) a. a. O., S. 76.

[6]) Vgl. Puchta, Vorlesungen § 279; v. Tuhr, a. a. O., S. 299; Ude im Arch. für civ. Praxis, Bd. 50, S. 385.

dem Vermögen des Herrn völlig auf: es ist daher unrichtig von einer Bereicherung desselben zu sprechen. Ferner setzt die condictio sine causa Bereicherung ohne Rechtsgrund voraus, aber auch dieses Requisit fehlt hier. Denn der Geschäftsherr hat den Vorteil, der ihm aus dem zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsführer abgeschlossenen Geschäfte zustatten gekommen ist, erlangt auf Grund der negotiorum gestio des Geschäftsführers, also auf Grund eines Tatbestandes, aus dem eine obligatio quasi ex contractu entspringt, keinesfalls daher sine causa. Des Weiteren setzt auch die condictio sine causa voraus, dass die Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers, nicht aber aus dem eines Dritten in das Vermögen des Beklagten gelangt ist, denn:

> His solis pecunia condicitur, quibus quoquomodo soluta est, non quibus proficit (l 49 D. de cond. ind. 12, 6).

Dass diesem Erfordernisse in der l 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26 genügt sei, ist nicht dargetan, denn als das Regelmässige ist anzunehmen, dass der negotiorum gestor das Darlehn zunächst für sich selbst erwirbt und dass dadurch das Geld sein Eigentum und somit ein Teil seines Vermögens wird. Dem Geschäftsherrn ist also in diesem Falle das Geld aus dem Vermögen des Geschäftsführers zugegangen und nicht aus dem des Gläubigers. Letzteres würde nur dann zutreffen, wenn der Geschäftsführer das Darlehn direkt für den Geschäftsherrn hätte erwerben wollen, eine Möglichkeit, die zwar nicht ausgeschlossen, doch nicht zu unterstellen ist.

Die condictio sine causa ist daher nach allen diesen Erwägungen aus der Konstitution nicht zu begründen.

c) Actio quasi institoria.

Als actio quasi institoria legt die Klage in l 7 § 3 C. cit. Brinz[1]) aus, der ein Mandat des Geschäftsherrn an den „Agenten" (rem agens eius) voraussetzt. Seine Argumentation ist dabei folgende: Wenn der Gläubiger auf dem Mandat fussend (litteras eius secutus) den Kontrakt abgeschlossen hätte, würde er ohne Weiteres die Kontraktsklage als actio quasi institoria gemäss l. 30 (31) pr. D. de neg. gest. 3, 5 gehabt

[1]) Pandekten, § 259, 2.

haben. Nachdem er nun aber „seinen Kredit auf die Person des Agenten gesetzt hat", so muss zu einem mandatsmässigen Abschlusse des Geschäftes noch die eine der beiden in der Konstitution erwähnten Voraussetzungen, also Version oder Ratihabition hinzukommen.

Auch diese Auffassung erscheint nicht als die richtige. Man kann Brinz allerdings zugestehen, dass „rem agens eius" auf einen Agenten oder Prokurator hindeutet, dem sein Dominus ein Mandat zur Führung seiner Geschäfte erteilt hat. Aber dieser Gesichtspunkt ist für die Stelle völlig unerheblich, denn es steht über jedem Zweifel, dass der Agent bei Abschluss des Darlehnskontraktes nicht gemäss seinem Auftrage gehandelt hat, wie aus der Erwähnung der Ratihabition hervorgeht, die unverständlich sein würde, wenn man annähme, dass das Geschäft mandatsmässig abgeschlossen worden ist. Ist aber wiederum der Abschluss des Geschäfts kein mandatsmässiger, hat also der Agent als negotiorum gestor kontrahiert, so fehlt damit das wichtigste Requisit der actio quasi institoria, und damit fällt die Auffassung von Brinz.

d. Condictio mutui.

Eine interessante Auffassung ist die von Mandry[1]), der die Klage in der so viel umstrittenen Stelle als die gewöhnliche Darlehnsklage zu erklären sucht. Den Beweis hierfür bemüht er sich durch eine weitläufige, aus lauter einzelnen auf einander gegründeten Schlüssen bestehende Kette zu erbringen, die jedoch in allen Punkten der Anfechtung unterliegt[2]).

Zunächst strebt er den Nachweis an, dass unter Umständen jemand auch ohne seine Zustimmung Darlehnsschuldner werden könne. Doch schon der Satz, von dem er ausgeht, dass nach den Quellen für einen Dritten eine condictio mutui selbst dann entstehe, wenn ohne sein Wissen in seinem Namen ein Darlehn gegeben werde, ist bestritten und zweifelhaft. Nichts destoweniger folgert Mandry, „dass es beim Darlehn mit dem Konsense nicht so streng genommen werde"; viel-

[1]) Mandry, Familiengüterrecht, Bd. II, S. 330 ff., 462 ff.

[2]) Vgl. Ruhstrat im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. III, S. 24 ff.; und v. Tuhr, a. a. O., S. 302 ff.

mehr sei die datio, d. h. der tatsächliche Übergang des Geldes das eigentlich wesentliche Element zur Begründung eines Darlehns.

Diesen so erlangten allgemeinen Satz verwendet er dann dazu, um den speziellen zu rechtfertigen, dass auf Grund der blossen datio trotz fehlender Zustimmung seitens des Empfängers eine Darlehnsklage erwachse, „wenn die Entstehung einer Verpflichtung zur Rückzahlung auch vom Standpunkte des Empfängers aus billigerweise nicht zurückgewiesen werden könne“[1]). Einen solchen Fall sieht er in unserer Konstitution, wo das „si pecunia . . . . . processit“ die Vollendung der datio anzeigen soll.

Doch der von Mandry gefundene allgemeine Satz, noch mehr aber der spezielle, ist unzutreffend, denn die Quellen verlangen auf das Nachdrücklichste zur Entstehung eines Darlehns das Erfordernis des Konsenses, ganz besonders auf Seiten des Schuldners. Das beweist die l 32 D. de reb. cred. 12, 1, wo die Begründung einer Darlehnsobligation aus dem blossen Grunde verneint ist, weil der Darlehnsnehmer sich über die Person des Darleihers im Irrtum befand, denn:

> hoc [sc. te obligari] enim nisi inter consentientes fieri non potest.

Aber selbst wenn die Sätze von Mandry richtig wären, könnte auch aus anderen Gründen die Klage in l 7 § 3 cit. keine condictio mutui sein. Denn wenn schon ein Ersatz der Zustimmung des Darlehnsempfängers durch die datio unterstellt wird, so kann doch keinesfalls zur Entstehung eines Darlehns auch auf den animus credendi des Gläubigers gegen seinen Schuldner verzichtet werden. Dass ein solcher aber fehlt, geht aus den Worten „et eius personam elegisti“ hervor, da hier ausdrücklich erklärt wird, dass sich der Verpflichtungswille des Darleihers auf die Person des Geschäftsführers gerichtet hat.

Doch Mandry will das nicht zugeben, sondern behauptet, dass der Gläubiger neben dem Geschäftsführer auch noch dem Geschäftsherrn kreditiert habe. Aber auch hier scheitert seine Beweisführung. Denn die Worte „et eius personam elegisti“ haben nicht, wie Mandry glaubt, nur den

[1]) Mandry, a. a. O., S. 332.

Zweck, den Fall auszuscheiden, „in welchem der Darleiher von vornherein das Darlehn dem Geschäftsherrn geben will, den Mittelsmann also bloss als nuntius betrachtet“ [1]). Bei der Mandry'schen Auffassung kommt nämlich das „elegisti“ überhaupt nicht zur Geltung, wo es auf die Wahl zwischen dem Geschäftsführer als blossem Boten und dem Geschäftsführer als Kontrahenten hinweisen würde. Denn dass der Geschäftsführer als blosser Bote fungiert hat, ist schon darum völlig undenkbar, weil es heisst: „cum libero rem agente eius . . . . . contractum habuisti“, da derjenige, mit dem man einen Vertrag abschliesst, begrifflich nicht ein blosser Bote sein kann. Ist also schon nach dem übrigen Wortlaute die Möglichkeit, dass der rem eius agens nur ein Bote ist, gänzlich ausgeschlossen, so wären die Worte „et eius personam elegisti“, in der Mandry'schen Weise aufgefasst, nur eine unnötige und überflüssige Wiederholung, die nicht nur ohne jeden Schaden hätte wegbleiben können, sondern sogar im Interesse der Deutlichkeit hätte wegbleiben müssen. Dass deshalb die Ansicht Mandry's als unhaltbar zu erachten ist, liegt auf der Hand, und es bleibt unwiderlegt, dass die Worte „et eius personam eligisti“ einen animus credendi des Gläubigers gegen den Geschäftsherrn ausschliessen.

Aber selbst wenn man Mandry in der Auslegung jener Worte folgen wollte, entsteht erst die wesentliche Frage, ob ein animus credendi in der Richtung auf den Geschäftsherrn auch mit der Absicht, den Geschäftsführer zum Darlehnsschuldner zu machen, verträglich ist. Mandry bejaht diese Frage ohne weiteres, „denn die Absicht, das Geld zunächst in das Vermögen des Mittelmannes zu bringen und diesen für die Restitution haftbar zu machen, schliesse doch offenbar die Absicht, das Geld durch dessen Vermögen hindurch in das Vermögen des Dritten zu bringen, nicht aus und in dem Augenblick, wo dies eingetreten, den Dritten als Darlehnsschuldner zu haben.“

Freilich, diese letztere Absicht ist durch die erstere nicht ausgeschlossen, aber ausgeschlossen ist, dass sie irgendwelche rechtlichen Folgen nach sich zieht. Denn der Darleiher hat

[1]) Mandry, a. a. O., S. 463.

sich durch die Hingabe des Darlehns aller Rechte bezüglich der Verwendung des Geldes begeben. Der Darlehnsempfänger kann mit dem Gelde schalten ganz nach freiem Ermessen: er kann es in das Vermögen seines Geschäftsherrn verwenden, und zwar ganz oder nur zum Teil, er kann es aber auch zu jedem anderen Zwecke verbrauchen. Wie könnte nun das Recht hinsichtlich dieses dem Vermögen des Darleihers völlig entfremdeten Geldes noch irgendwelchen animus credendi von seiner Seite gegenüber einem Dritten anerkennen? Wenn das geliehene Geld in das Vermögen des Herrn tatsächlich verwendet wird, so ist diese Vermögensvermehrung des Herrn ausschliesslich eine Folge des animus negotia gerendi des Geschäftsführers; ein daneben vorhandener animus credendi des Darlehnsgebers ist bedeutungslos, da die Verwendung, die ja die datio bilden würde, von diesem animus des Darleihers völlig unabhängig ist.

Die Beweisführung Mandry's zur Rechtfertigung seiner condictio mutui ist daher dogmatisch nicht stichhaltig, aber auch praktische Erwägungen ergeben die Unzulässigkeit dieser Klage.

Denn im vorliegenden Falle hat der Geschäftsführer gegen den dominus eine actio negotiorum gestorum contraria aus der Verwendung, und ferner soll der Gläubiger gegen ihn eine condictio mutui haben. Diese Klage ist ihrer Natur nach gänzlich unabhängig von der ersteren. Man nehme nun folgenden Fall an: Der Geschäftsherr hat dem Geschäftsführer seine Verwendungen ersetzt, ohne gewusst zu haben, dass er sich das Geld dazu geliehen hat — es liegt ja keinerlei Grund dafür vor, dass der Geschäftsherr Kenntnis davon haben musste. Der Geschäftsführer hat aber die ihm geliehene Summe nicht zurückerstattet, und daher wendet sich der Gläubiger mit der Darlehensklage gegen den Geschäftsherrn. Dieser kann jetzt nicht etwa einwenden, dass er die Ansprüche des Geschäftsführers befriedigt habe, denn die Darlehnsklage ist von der Geschäftsführungsklage unabhängig; er muss also zum zweiten Male zahlen. Allerdings kann er das zuerst Gezahlte von dem Geschäftsführer zurückfordern, doch er wird damit nichts erreichen, wenn dieser insolvent oder unbelangbar ist. Diese Konsequenz aber, dass die condictio

mutui dem dominus gegen eine doppelte Zahlung keinen Schutz gewährt, lässt die Auffassung von Mandry auch praktisch als unzweckmässig und verfehlt erkennen[1]).

e) Actio negotiorum gestorum contraria.

Unter denjenigen Schriftstellern, die eine Existenz der actio de in rem verso utilis ableugnen, ist am weitesten verbreitet die Anschauung, dass die Klage in l 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26 eine actio negotiorum gestorum contraria sei. Über den näheren Charakter dieser Geschäftsführungsklage sind aber die Meinungen wiederum sehr geteilt, und es sind die verschiedensten tatsächlichen und juristischen Konstruktionen zu ihrer Rechtfertigung aufgestellt worden[2]).

Doch eine actio negotiorum gestorum contraria, gleichviel welcher Gestalt, erscheint in der Stelle als ausgeschlossen. Denn diese Klage dient dazu, dem Gestor Ersatz für die Aufwendungen zu verschaffen, die er bei seiner Geschäftsführung gemacht hat, hat also zur Voraussetzung, dass der Kläger von seinem Vermögen etwas aufgeopfert oder sich wenigstens im Interesse des Beklagten mit einer Schuld belastet hat[3]). Dass die letztere Möglichkeit im vorliegenden Falle nicht zutrifft, ist offensichtlich, aber auch von einer Vermögensaufopferung kann keine Rede sein, weil der Gläubiger für das hingegebene Geld ein Forderungsrecht gegen den Geschäftsführer in gleicher Höhe erlangt hat, somit um nichts geschädigt ist. Infolgedessen ist schon die Basis für eine actio negotiorum gestorum contraria nicht gegeben.

Ein weiteres wichtiges Erfordernis für diese Klage, das in unserer Stelle fehlt, ist der animus negotia aliena gerendi von seiten des Gläubigers. Worin dieser Wille, ein fremdes Geschäft zu besorgen, in Fällen, in denen wie vorliegend eine Mittelsperson eintritt, zu erblicken ist, das besagen die Quellen in den bereits oben[4]) angeführten l 5 § 3 D de neg. gest. 3, 5

[1]) Nach den Grundsätzen der actio de in rem verso utilis ist dagegen eine doppelte Zahlung nicht zu befürchten. Vgl. S. 10.

[2]) Man bezeichnet sie bald als die gewöhnliche, bald als utile actio negotiorum gestorum contraria, bald als solche ad exemplum institoriae.

[3]) Dernburg, „Pandekten", Bd. II, § 122, No. 4.

[4]) s. S. 26.

und l 10 § 5 D. de in rem verso 15, 3, wo sie bei Gewährung der actio negotiorum gestorum das Moment der contemplatio domini betonen, also hervorheben, dass das Geschäft mit Rücksicht auf den dominus abgeschlossen ist. Gleichzeitig besagt hierbei die l 5 § 3 cit., dass dem Gläubiger eine Klage gegen die Mittelsperson, der er das Geld gegeben hat, nicht zusteht, woraus sich ergibt, dass er ihr selbst einen Kredit nicht gewährt hat. Demnach kommt es für die Unterscheidung zwischen negotium alienum und negotium proprium bei der erwähnten Kategorie von Fällen darauf an, ob der Gläubiger die Mittelsperson nur als Werkzeug seiner auf den Herrn gerichteten Geschäftsführung benutzen oder ob er ihr selbständig kreditieren gewollt hat. Dass in der zur Betrachtung stehenden Konstitution ein Fall der letzten Art vorliegt, folgt nicht nur aus der mangelnden Erwähnung der contemplatio domini, sondern ist sogar ausdrücklich ausgesprochen, denn es heisst von dem Gläubiger „et eius personam elegisti", d. h. du hast den Mittelsmann erwählt. Eine solche Äusserung kann ungezwungen nur in der Weise ausgelegt werden, dass der Gläubiger bei der Hingabe des Darlehns lediglich mit der Mittelsperson hat zu tun haben, ihr allein kreditieren wollen, dass ihm also eine Absicht, die Geschäfte des Herrn zu führen, völlig fern lag. Jene Worte bilden daher ein direktes Gegenstück zur contemplatio domini.

Diese Auffassung vermögen Baron[1]), Zimmermann[2]) und Huschke[3]) nicht zu entkräften, die das „et eius personam elegisti" in anderer Weise interpretieren. Baron teilt die Mandry'sche Auffassung der Worte und erscheint durch die frühere diesbezügliche Erörterung widerlegt. Zimmermann und Huschke dagegen sehen in den angeführten Worten nur eine nochmalige Hervorhebung der Person, mit der kontrahiert worden ist, und zwar Zimmermann mit der Begründung, weil es sich um einen Freien handelte. Aber auch diese Auslegung leidet an dem Mangel, dass die Worte dann nur eine überflüssige, die Rechtslage verdunkelnde Wiederholung darstellen

[1]) Baron, Adjekt. Klagen, § 6.
[2]) Zimmermann, stellvertr. negotiorum gestio, § 23.
[3]) Huschke, Darlehn, S. 75.

würden und besser ganz weggeblieben wären, woraus folgt, dass sie bei ihrem Vorhandensein ein anderes besagen müssen.

Doch selbst, wenn jene Auffassung gelten sollte, so wäre damit für die Gegenmeinung nichts erreicht. Denn nachdem durch die anderweitige Auslegung von „et eius personam elegisti" das Moment, dass der Gläubiger nur im Hinblick auf den Geschäftsführer gehandelt hat, beseitigt ist, wird von den Gegnern angenommen, dass der Gläubiger neben der Absicht, den Geschäftsführer zum Darlehnsschuldner zu machen, noch die Absicht, die Geschäfte des dominus zu führen, gehabt habe[1]).

Die Absicht, die Geschäfte des dominus zu führen, ist aber in Wirklichkeit mit der Absicht, den Geschäftsführer zum Darlehnsschuldner zu machen, im Rechtssinne durchaus unvereinbar. Wenn nämlich der Gläubiger bei Hingabe von Geld an einen Geschäftsführer die Absicht hat, ein Geschäft des dominus zu besorgen, so muss er dieser Absicht auch äusserlich Ausdruck geben,[2]) und dies kann er nur, indem er den Geschäftsführer anweist, das Geld im Interesse des dominus zu verwenden. In diesem Falle ist aber offenbar der zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsführer abgeschlossene Kontrakt nicht ein Darlehn, sondern ein Mandat. Wenn der Gläubiger gegen den Herrn ein actio negotiorum gestorum hat, kann er also nicht auch gleichzeitig gegen den Geschäftsführer eine Darlehnsklage haben. Umgekehrt lässt sich auch dartun, dass, wenn der Gläubiger gegen den Geschäftsführer eine Darlehnsklage hat, er nicht gleichzeitig gegen den Herrn eine Geschäftsführungsklage haben kann. Denn, wie Schlossmann[3])

[1]) Hellmann, Stellvertretung, S. 62, nimmt dies sogar an, trotzdem er jene Worte so, wie sie hier ausgelegt sind, auffasst. Denn daraus, dass der Gläubiger sich den Geschäftsführer zum Schuldner gewählt hat, folgt nach Hellmann's Ansicht nicht auch, dass er den Geschäftsherrn nicht hat zum Schuldner machen wollen. Sondern der Gläubiger habe durch seine Wahl nur bekundet, dass er lediglich den Geschäftsführer zum Kontraktschuldner haben wolle, während er ausserdem die Absicht gehabt habe, den Geschäftsherrn zum Quasikontraktschuldner zu machen.

[2]) Andernfalls liegt eine rechtlich unbeachtsame Mentalreservation vor. Daher kann der Umstand, dass der Gläubiger im vorliegenden Falle weiss (dies ergibt sich aus der Wahl), dass der Geschäftsführer das Geld für seinen Herrn verwenden will, nichts an der Rechtslage ändern. Ein blosses Wissen kann niemals Rechte begründen.

[3]) In den Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 292 ff.

überzeugend nachgewiesen hat, hat nicht einmal, wer mit dem Mandatar eines Dritten einen Darlehnskontrakt schliesst, eine actio negotiorum gestorum gegen diesen Dritten. Ebensowenig kann dies deshalb der Fall sein, wenn der Darlehnsnehmer blosser negotiorum gestor ist. Da nun unsere Konstitution völlig unzweifelhaft von einem zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsführer abgeschlossenen Darlehnsvertrage spricht, so ergibt sich daraus, dass die dem Gläubiger gegen den Herrn gewährte Klage eine actio negotiorum gestorum nicht sein kann.

Aber auch viele Juristen[1]), die das „et eius personam elegisti" im Sinne von „non contemplatione domini" auffassen, sehen in der Stelle eine actio negotiorum gestorum contraria, allerdings utilis. Cujacius begründet dies: „Directa negotiorum gestorum actio competit, si credita fit eius contemplatione, licet non sit versa in rem eius. Contra utilis competit, si sit versa in eius rem vel si contractum ratum habuerit, licet eius contemplatione data non fit". Eine solche actio negotiorum gestorum hat indes keinen Stützpunkt in den Quellen. Sie ist ein Novum, das vollständig willkürlich angenommen ist, zumal bei dem Nichtvorhandensein einer contemplatio domini gerade das Moment fehlt, das bei im übrigen gleichem Tatbestande die directa erklärt. Die Quellen würden aber ausserdem in den Stellen, in denen sie die actio negotiorum gestorum des dritten Kontrahenten erwähnen, nicht das Requisit der contemplatio domini so betonen, wenn eine actio utilis existierte, die dieses Erfordernisses ermangelt. Denn da eine actio utilis und directa stets die gleichen Wirkungen haben[2]), würde die so offensichtliche Hervorhebung eines Umstandes, der völlig ohne materiellen Einfluss ist, nicht erklärlich sein können.

Verfehlt ist aber auch die Behauptung, dass der Gläubiger die Klage seines Darlehnsschuldners, also die actio negotiorum gestorum contraria, gegen den Geschäftsherrn (sei es utiliter oder direct) habe[3]). Einzelne Schriftsteller vertreten nämlich

[1]) Glosse, Cujacius, Bd. 9, S. 313; Donellus, Bd. 8, S. 95 ff.; Seuffert, Pandektenrecht, § 346, Note 13.

[2]) Mühlenbruch, Cession, § 15, S. 166.

[3]) v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 32; Puchta, Vorlesungen, § 279; Jakobi, Die Lehre von der nützlichen Verwendung, 1862, S. 17.

den Standpunkt, dass dem Gläubiger ein Recht auf Abtretung der Klage gegen den Geschäftsherrn zustehe, und betrachten diese Klage als ihm vi legis cediert. Ein solches Recht des Gläubigers besteht jedoch, wie weiter unten[1]) nachzuweisen ist, in Wirklichkeit nicht, mithin ist auch die daraus gezogene Folgerung hinfällig.

Bisweilen hat man schon äusserlich in unserer Stelle Anhaltspunkte für eine actio negotiorum gestorum finden wollen, allein ohne hinlänglichen Grund. Denn der Ausdruck „rem agens eius", der in erster Linie Verdacht erregen könnte, wird in den Quellen regelmässig substantivisch gebraucht und hat die Bedeutung von „Prokurator"[2]). Beispiele dafür sind: l 20 D. de inst. act. 14,3: Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis und l 126 § 2 D. de verb. obl. 45,1: Julio Zoa, rem agente Julii Quintilliani. Auch die Nebeneinanderstellung von versio und ratihabitio weist keineswegs, wie Baron[3]) meint, auf die actio negotiorum gestorum hin. Denn dann wäre die in der Konstitution abgegebene Entscheidung sehr ungenau[4]), da es bei der negotiorum gestio nicht sowohl auf versio und ratihabitio, als vor allem auf das utiliter gerere ankommt. Das „procedere" der Stelle aber in der erweiterten Bedeutung von „utiliter geri" zu verstehen, erscheint rein willkürlich.

Schliesslich scheitert jede actio negotiorum gestorum contraria an denselben praktischen Konsequenzen wie die condictio mutui. Denn auch in diesem Falle würde der Geschäftsführer gegenüber zwei von einander völlig unabhängigen Klagen verhaftet sein und könnte so unter Umständen in die Lage kommen, zwei Mal zu zahlen[5]), da er der Klage des Gläubigers nicht die Zahlung an den Geschäftsführer entgegensetzen kann. Er wird dem letzteren aber auch die Zahlung kaum verweigern, da er nicht stets in der Lage sein wird zu

---

[1]) S. 54.

[2]) Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 332, Anm. 34.

[3]) Baron, a. a. O., § 6.

[4]) Vgl. Mandry, a. a. O., S. 464; Ude, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 50, S. 385.

[5]) Vergl. v. Tuhr, a. a. O., S. 103; Ruhstrat im Mag. f. d. deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 4, S. 199.

wissen, dass der Geschäftsführer sich die zu seinem Vorteil verwandten Mittel von anderer Seite verschafft hat.

Solche Konsequenzen werden aber vermieden, wenn man in der Klage der l 7 § 3 C. quod cum eo 4,26 eine actio de in rem verso utilis sieht, auf die zahlreiche Momente hinführen und die alle Gegengründe nicht zu entkräften vermögen. Die Stelle ergibt sich hiernach als ein zuverlässiges Zeugnis für die Ausdehnung der actio de in rem verso auf Geschäfte mit Freien.

§ 6.

3. Scheinbar entgegenstehende Quellenstellen.

Gegen die hier vertretene Interpretation der l 7 § 3 C. quod cum eo 4,26 werden von den Gegnern[1]) einer actio de in rem verso utilis zwei Quellenstellen angezogen, die mit dieser Auslegung in unlöslichem Widerspruche stehen sollen. Es sind dies zwei Reskripte derselben Kaiser, von denen auch das zur Betrachtung stehende Reskript erlassen ist. Das eine, die l 4 C. si tutor 2,24 aus dem Jahre 293 lautet:

> Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei adversus vos actionem competere manifestum est.

Der Tatbestand liegt hier ganz analog dem der l 7 § 3 cit.: Im Interesse ihrer Pfleglinge haben nämlich Kuratoren einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen, und der Dritte hat nur mit den Kuratoren selbst zu tun gehabt, sine contemplatione der Kuranden (wie aus „curatorum personam secutus" hervorgeht). Für diesen Fall wird mit den schroffsten Worten (prorsus und manifestum est) die Möglichkeit einer Klage des dritten Kontrahenten gegen die Kuranden in Abrede gestellt. Eine solche Entscheidung ist in der Tat geeignet, Bedenken gegen die Richtigkeit der Auslegung von l 7 § 3 C. 4,26 im Sinne einer actio de in rem verso utilis zu erwecken. Denn wie könnten die Kaiser — so fragt man sich mit Recht — eine Klage gegen die Kuranden in so energischen Ausdrücken versagen, ohne den so naheliegenden Fall einer Version besonders auszunehmen, wenn sie in Wirklichkeit eine auf Freie übertragene Versionsklage zugelassen hätten?

[1]) Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 334 ff.

Angesichts der Tatsache, dass es sich in l 4 cit. um ein Reskript handelt, könnte man vielleicht versucht erscheinen, diese Frage dahin zu beantworten, dass die Kaiser eine Version deshalb nicht ausdrücklich berücksichtigt haben, weil auch in dem ihnen unterbreiteten Gesuche eine Version nicht behauptet worden war. Allein eine solche Erklärung ist nicht angängig. Denn es ist eine sehr häufige Erscheinung, dass die Kaiserlichen Reskripte auch nicht mitgeteilte Tatbestandsmomente, bisweilen sogar in der weitschweifigsten Weise, hypothetisch erwähnten und für den Fall ihres Vorliegens Entscheidung trafen[1]). Um so eher hätten daher in der l 4 C. 2, 24 die Kaiser einer Version gedenken müssen, als die Möglichkeit ihres Vorhandenseins ausserordentlich nahe lag. War aber etwa nach den besonderen Umständen des zur Entscheidung stehenden Falles eine Version ausgeschlossen, so hätte diese Tatsache erst recht der Erwähnung bedurft, da normaler Weise anzunehmen ist, dass der Ertrag des von den Kuratoren mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäftes den Mündeln zugute gekommen ist. Um die hier bekämpfte Erklärung der l 4 C. 2, 24 aufrecht zu erhalten, müsste man deshalb geradezu eine grobe Nachlässigkeit des Reskribenten unterstellen[2]), was jedoch unzulässig erscheint, da die sorgfältige Abfassung der kaiserlichen Reskripte bekannt ist.

Die Nichterwähnung der Version in der Stelle sucht v. Tuhr zu rechtfertigen durch Heranziehung der l 4 C. de in integr. rest. min. 2, 21, deren Wortlaut folgender ist:

> Si minorem te viginti quinque annis fuisse, cum contraheres, et tempora restitutionis praestituta excessisse ab adversario tuo comprobatum non fuerit, praeses provinciae in integrum restitutionis dare tibi auxilium debeat.

Diese Konstitution ist gleichfalls ein Reskript und in demselben Jahre und von denselben Kaisern erlassen und an dieselbe Person gerichtet, wie das in l 4 C. si tutor 2, 24. Hierdurch kommt v. Tuhr[3]) zu dem Schlusse, dass beide Stellen Teile eines und desselben Reskriptes seien und konstruiert für sie folgenden einheitlichen Tatbestand: Das

[1]) Vgl. Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 335 ff.

[2]) v. Tuhr, a. a. O., S. 306.

[3]) a. a. O., S. 306 f.

Bittgesuch habe sich nicht klar darüber ausgesprochen, ob das Darlehn dem Kuranden selbst oder den Kuratoren gegeben worden sei. Daher hätten die Kaiser beide Möglichkeiten in ihrer Entscheidung berücksichtigt; für den ersteren Fall hätten sie dem Anfragenden Restitution versprochen, für den letzteren Fall jede Klage gegen ihn verneint. Aus der Zulassung der Restitution für den ersteren Fall folgert nun v. Tuhr, dass das Geld dem Kuranden nach Lage der Sache nicht zugute gekommen sei, weil sonst keine Veranlassung vorgelegen hätte, ihm Restitution zu gewähren; aus diesem Grunde sei daher eine actio de in rem verso utilis unzulässig gewesen.

Diese Ansicht von Tuhr's unterliegt jedoch mannigfachen Bedenken[1]). Nichts steht der Annahme entgegen, dass die beiden Reskripte Antworten der Kaiser auf zwei verschiedene in einem Jahre an sie ergangene Anfragen derselben Person sind. In ihnen ein gemeinschaftliches Reskript zu erblicken, lässt schon ihre stilistische Fassung nicht zu, wobei vor allem Gewicht darauf zu legen ist, dass in der l 4 C. 2, 24 die Anfragenden mit „vos", also in der Mehrzahl, angeredet sind, während in der l 4 C. 2, 21 nur ein Fragesteller vorhanden war, wie die Anrede mit „te" andeutet. Doch auch gewichtige innere Momente sprechen gegen v. Tuhr. Jede Stelle allein erscheint als einheitliches Ganzes und gibt für sich einen guten Sinn, ohne dass man es nötig hätte, zu unterstellen, dass das von dem Kurator aufgenommene Darlehn dem Pflegling nicht zustatten gekommen sei. Das Bedürfnis nach einer solchen Präsumption stellt sich vielmehr erst dann heraus, wenn man die Stellen als Teile eines einzigen Reskriptes betrachtet. In diesem Falle bleibt es aber unerklärlich, weshalb die Kaiser gerade jenes wichtigste Moment unerwähnt gelassen haben.

Also auch v. Tuhr vermag nicht darzutun, weshalb bei Verneinung der Klage in l 4 C. 2, 24 für den Fall einer Version keine Ausnahme statuiert worden ist, so dass der Widerspruch zwischen dieser Stelle und l 7 C. quod cum eo 4, 26 durch ihn keine Aufklärung erfährt.

Der Schlüssel zur Lösung dieses Problems liegt vielmehr auf ganz anderem Gebiete. Hierbei bildet nicht die l 4 C.

---

[1]) Vgl. Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 330 ff.

si tutor 2, 24 den Ausgangspunkt, sondern die l 7 C. quod cum eo 4, 26 selbst. Diese Gesetzesstelle ist im Justinianischen Kodex aufgeführt als ein Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian. Die neueren Untersuchungen, insbesondere von Lenel[1]), haben aber den Nachweis erbracht, dass die Konstitution in der Gestalt, wie sie uns in der l 7 C. cit. überliefert ist, schlechterdings nicht von den Kaisern erlassen worden sein kann, da sie zahlreiche grobe sachliche und stilistische Mängel enthält, die für eine Kaiserkonstitution ganz ungewöhnlich sind. Andererseits sind aber diese Mängel so in die Augen fallend und ihrer Art nach so typisch für die Tätigkeit der Kompilatoren, dass gegenwärtig von keiner Seite mehr, selbst nicht von v. Tuhr[2]), diesem eifrigsten Verfechter einer klassisch-römischen actio de in rem verso utilis, bestritten wird, dass die Stelle Interpolationen enthält. Streit besteht nur über den Umfang dieser Interpolationen. Denn während man einmütig den § 2 l. c. ganz oder wenigstens zum Teil als von den Kompilatoren eingeschoben ansieht[3]), halten Lenel und Schlossmann auch die Schlussworte des § 3 „nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit“ im Gegensatz zu v. Tuhr, der sie für echt erklärt[4]), für interpoliert[5]). Der ersteren Auffassung gebührt unbedingt der Vorzug. Solche nachschleppende Anhängesätze mit nisi sind immer verdächtig. Die moderne Forschung hat in den Justinianischen Rechtsbüchern eine sehr grosse Zahl von ihnen mit Sicherheit als Interpolationen nachgewiesen,

[1]) Lenel im Archiv für civil. Praxis, Bd. 78, S. 356 ff.

[2]) a. a. O., S. 305, Anm. 18.

[3]) Lenel, a. a. O., S. 356 ff.; v. Tuhr, a. a. O. Der § 2 ist inhaltlich nichts anderes als eine Wiederholung des § 1; er steht aber sogar mit ihm in Widerspruch. Denn während im § 1 von dem Tode des dominus und von der gegen die Erben anzustrengenden Klage die Rede ist, wird im § 2 davon gesprochen, was bei Lebzeiten des Herrn Rechtens ist. Im § 1 wird über die Rechtslage beim Tode des Sklaven Auskunft gegeben, im § 2 wird auch die Frage seines Verkaufs oder seiner Freilassung behandelt. Höchst auffällig ist auch die durchaus unjuristische Einmengung der Beweisfrage. Die Kompilatoren haben offenbar den § 2 eingefügt, um alle Eventualitäten zu erschöpfen.

[4]) a. a. O., S. 305.

[5]) Lenel, a. a. O., S. 360 f.; Schlossmann, a. a. O., S. 316.

und man kann sie geradezu als die beliebteste Form bezeichnen, in der die Kompilatoren Änderungen an dem von ihnen verarbeiteten Quellenmaterial vornahmen[1]). Um so mehr ist vorliegend Veranlassung, die Echtheit des nisi-Satzes zu verneinen, als schon an und für sich die Hand der Kompilatoren in der Stelle unverkennbar ist. Die Streichung jenes Satzes ist aber auch deshalb notwendig, weil andernfalls das Wort „alioquin" im § 3 unverständlich sein würde, da es sonst nur eine Hindeutung auf den selbstverständlichen Gegensatz enthielte, dass wohl bei einem Sklaven, nicht aber bei einem Freien eine actio de peculio statthaft ist[2]). Dagegen gewinnt das Wort nach Wegfall des nisi-Satzes und unter gleichzeitiger Fortlassung des unbestritten interpolierten § 2 einen guten Sinn, da es dann auf den Gegensatz hinweist, dass bei der Version eines Sklaven die actio de in rem verso, bei der Version eines Freien dagegen keine Klage gegeben sei.

Steht somit fest, dass der nisi-Satz eine Interpolation der Kompilatoren ist, so folgt daraus für die ursprüngliche Konstitution von Diocletian und Maximian, dass darin eine actio de in rem verso utilis nicht nur nicht gewährt, sondern sogar ausdrücklich verweigert worden ist. Diese Entscheidung steht daher in vollstem Einklange mit dem von denselben Kaisern erlassenen, in l 4 C. si tutor 2, 24 enthaltenen Reskripte, und der anscheinend unlösbare Widerspruch zwischen dieser Stelle und der l 7 C. quod cum eo 4, 26 klärt sich auf durch das einfache Mittel der historischen Vereinigung beider Stellen. Dieser Umstand selbst bietet aber wiederum einen Rückschluss auf die Richtigkeit der Auffassung, dass der Anhängesatz mit nisi interpoliert ist.

Demnach entscheidet sich die eingangs erwähnte Streitfrage, ob die actio de in rem verso utilis ein Erzeugnis des klassischen oder erst des spätrömischen Rechtes ist, im letzteren Sinne. Diese Ansicht erscheint um so eher gerechtfertigt, als sonst sicherlich die l 7 C. cit. nicht die einzige Quelle für

[1]) Gradenwitz, Interpolationen, S. 171 ff.; Eisele, in der Ztschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 7, S. 26 ff.; Bd. 10, S. 296 ff.; Bd. 11, S. 25 ff.; Bd. 13, S. 118 ff.

[2]) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 359 f.

jene Klage wäre, sondern noch andere Belegstellen für sie vorhanden sein würden. Die actio de in rem verso utilis ist offenbar während der nachklassischen Rechtsentwickelung entstanden, und die Kompilatoren haben in l 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26 den nisi-Satz eingefügt, um ein gesetzliches Zeugnis für sie zu schaffen. Denn, wenn auch der nisi-Satz eine Interpolation der Kompilatoren ist, so kann ihm gleichwohl die Kraft einer gesetzlichen Bestimmung nicht abgesprochen werden[1]). In ihm mit Schlossmann[2]) einen von den Kompilatoren „in unglücklicher Stunde angehängten Schnörkel" ohne verbindliche Kraft zu sehen, liegt keinerlei Grund vor. Denn bei der Einfachheit der Rechtslage in l 7 cit. sind die Kompilatoren bei Zufügung des Satzes sich seiner Tragweite sicherlich bewusst geworden. Sie haben auch damit aller Wahrscheinlichkeit nach nicht neues Recht geschaffen, sondern bestehendes zum Ausdruck gebracht, da, wie unten nachzuweisen ist, die Ausgestaltung der actio de in rem verso auf den Verkehr mit Freien im spätrömischen Rechte nach der allgemeinen Rechtsentwicklung mit Gewissheit zu vermuten ist. Doch selbst wenn die Kompilatoren die actio de in rem verso utilis aus Unbedacht, ohne die Tragweite ihres Tuns völlig zu überschauen, eingeführt haben sollten, würde dieser Umstand, die Gesetzeskraft der Neuschöpfung zu berühren, nicht imstande sein[3]).

Auch die zweite gegen die oben vertretene Auslegung der l 7 C. quod cum eo 4, 26 angeführte Stelle, die l 13 C. si certum petatur 4, 2 ist ein Reskript der Kaiser Diocletian und Maximian. Einer Verwertung dieser Konstitution zu Ungunsten der Existenz einer actio de in rem verso utilis stehen daher die gleichen historischen Gründe entgegen, wie bei der l 4 C. si tutor 2, 24. Da es aber immerhin Bedenken erregen könnte, wenn in dem Kodex, der doch im Prinzip nur zur Justinianischen

---

[1]) Lenel, a. a. O., S. 362. Eisele sagt in der Ztschr. der Savigny-Stiftung, Bd. 7, S. 16 wörtlich: „Dass Interpolationen der Kompilatoren, wo sie nachgewiesen sind, in dem Gesetzbuch Justinians gleichwohl Gesetzeskraft haben, ist ja zweifellos".

[2]) a. a. O., S. 335.

[3]) Diesen Standpunkt vertritt auch Lenel, a. a. O., S. 362.

Zeit noch in Geltung befindliches Recht enthalt, sich mehrere Stellen vorfinden sollten, die eine Versionsklage bei freien Geschäftsführern verneinen, so verlohnt es darzutun, dass aus der l 13 cit. in der Tat durchaus nicht eine solche Verneinung herauszulesen ist. Die Stelle lautet nämlich:

> Eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

Auch hier wieder der gleiche Tatbestand wie in l 7 C. quod cum eo 4, 26: Ein Geschäftsführer nimmt ein Darlehn auf zu Gunsten eines fremden Vermögens, und der Darleiher kontrahiert non contemplatione domini. In der Entscheidung ist jedoch nur von der Obligation des Geschäftsführers die Rede, ohne dass eine Haftung des Herrn aus einer Version erwähnt wird, und aus diesem letzteren Umstande schliesst Schlossmann[1]), dass die actio de in rem verso utilis negiert werde. Zu einer solchen Annahme liegt aber keinerlei Veranlassung vor, weil dem ganzen Inhalte der Stelle nach eine Haftung des Herrn völlig ausser Betracht bleibt. Denn in der Konstitution handelt es sich, wie aus den Worten „obnoxium remanere" hervorgeht, darum, ob der Geschäftsführer, der entliehene Gelder in das Vermögen des Herrn verwandt hat, auch nach der Verwendung seinem Kontrahenten verpflichtet bleibt. Die Frage, ob der Herr daneben haftet oder nicht, ist auf die Fortdauer der Haftung des Geschäftsführers ohne jeden Einfluss. Die Nichterwähnung einer Versionsverbindlichkeit des Herrn spricht deshalb ebensowenig gegen eine solche, wie sie etwa für diese sprechen könnte. Die Kompilatoren konnten daher jenes Reskript in den Kodex aufnehmen, ohne damit ihrer eigenen Ansicht, der Anerkennung einer Haftung aus der Version freier Geschäftsführer, etwas zu vergeben[2])."

[1]) Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 334 ff.

[2]) Eine Auslegung der Stelle, wodurch sie einen völlig anderen Sinn erhält, versucht Scheurl in den Jahrb. f. Dogm., Bd. II, S. 30. Er übersetzt nämlich „pecuniam sumpsit in res alienas" mit „er nahm Geld auf auf fremde Sachen", d. h. unter Verpfändung fremder Sachen. Diese Auffassung ist jedoch sprachlich unangängig.

§ 7.

II. Die übrigen Quellenstellen.

Ausser der l 7 C. quod cum eo 4, 26 wird von vielen Schriftstellern als Beweismaterial für die actio de in rem verso utilis noch die l 82 D. pro socio 17, 2 herangezogen. Diese Stelle stammt aus dem dritten Buche der Responsen Papinian's und hat folgenden Wortlaut:

> Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Streitig ist, ob die Stelle sich auf das äussere oder auf das innere Verhältnis der Gesellschafter bezieht. Die Anhänger der utilen Versionsklage haben sie bisher regelmässig im ersteren Sinne gedeutet[1]), und in ihr demgemäss den Satz ausgesprochen gefunden: Wenn ein socius ein Darlehn aufnimmt, so wird ein anderer Socius dadurch dem Darlehnsgeber nur obligiert, wenn das Geld in die Gesellschaftskasse geflossen ist. Dass in diesem Falle die gegen den Gesellschafter zuständige Klage nur die actio de in rem verso utilis sein kann, liegt auf der Hand. Eine solche Auffassung ist aber geeignet, in doppelter Beziehung Anstoss zu erregen. Einmal wird dadurch die actio de in rem verso utilis, da jene Stelle von Papinian herrührt, als bereits im klassischen römischen Rechte bestehend hingestellt, was angesichts der oben behandelten Quellenstellen sehr bedenklich erscheint. Andrerseits gelangen dabei die Worte „iure societatis" nicht zu ihrer Geltung[2]). Sie deuten nämlich darauf hin, dass die Haftung des Socius auf Grund der speziellen Normen des Gesellschaftsrechtes entsteht, was bei der Versionsklage, die auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruht, nicht der Fall sein würde.

Hingezielt ist durch die Worte „iure societatis" daher offenbar auf die innere Haftung der Gesellschafter mittels der actio pro socio. Die l 82 cit. bringt deshalb zum Ausdruck, dass ein socius für ein von ihm aufgenommenes Darlehn dem

---

[1]) Höpfner, Theoretisch-praktischer Kommentar 1803, S. 1113 f.; Witte, Bereicherungsklagen, S. 265; Sintenis, Gem. Civilrecht, § 102, Note 86; Windscheid, Pandekten, § 483, Note 5; Kohler in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 24, S. 127 ff.; v. Tuhr, a. a. O., S. 307 f.

[2]) Vgl. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts, 1833, Bd. I, § 21; Zimmermann, Stellvertr. negotiorum gestio, § 23.

andern socius nur dann regresspflichtig wird, wenn das Geld der Gesellschaft zugute gekommen ist. Bei dieser Auslegung freilich erscheinen die Worte „per socium obligari“ als sehr schwerfällig, da es dem angedeuteten Sinne entsprechend besser heissen müsste: „socio obligari“.

Angesichts der sich an die Interpretation der l 82 D. pro socio 17, 2 knüpfenden Streitfrage, die mit genügender Sicherheit weder in dem einen noch in dem anderen Sinne zu entscheiden ist, empfiehlt es sich daher als das Zweckmässigste, dem Standpunkte von Schlossmann[1]) beizutreten und jene Stelle bei Behandlung der actio de in rem verso utilis als neutrales Gebiet ausser Betracht zu lassen. Nicht unerwähnt darf ferner bleiben, dass möglicherweise der nisi-Satz auch dieser Stelle eine Interpolation der Kompilatoren ist, wofür auch die jedesfalls ungewöhnliche Ausdrucksweise der Stelle einen Anhalt bietet; allein auch nach dieser Richtung hin lässt sich mit Gewissheit ein Resultat nicht gewinnen[2]).

Auch noch andere Quellenstellen werden bisweilen zum Belege der Existenz einer actio de in rem verso utilis im römischen Rechte geltend gemacht. Jedoch nicht eine von ihnen ergibt mit auch nur annähernder Sicherheit, dass die Klage, die in ihr gewährt wird, in Wahrheit die genannte actio ist. In neuerer Zeit hat insbesondere v. Tuhr[3]) in einer grösseren Anzahl von Stellen eine actio de in rem verso utilis finden wollen; doch er selbst stellt seine Auffassungen als sehr zweifelhaft hin, und gegen die Ausführungen von Schlossmann[4]) können sie vollends nicht standhalten.

Die l 7 C. quod cum eo 4, 26 genügt aber, um die actio de in rem verso utilis quellenmässig sicher zu stellen, so dass kein Grund für das Bestreben ersichtlich ist, eine Häufung des Beweises erzwingen zu wollen.

---

[1]) Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 331.

[2]) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 361, Anm. 6.

[3]) a. a. O., S. 308 ff.; v. Tuhr sieht eine actio de in rem verso utilis noch in l. 27 D. de rebus cred. 12, 1; l 3 C. quando ex facto 5, 39; l 2, § 1 C. de cur. fur. 5, 70; l 4, § 1 D. de evict. 21, 2; eine der utilen Versionsklage analoge Einrede findet er in l 1 C. si aliena res 8, 15; l 19 C. de procur. 2, 12; l 7, § 2 ad Sc. Maced. 14, 6.

[4]) Schlossmann in den Jahrb. f. Dogm., Bd. 36, S. 332 ff.

Das Resultat der Quellenforschung lässt sich daher in dem Satze zusammenfassen: das römische Recht hat eine actio de in rem verso utilis gekannt, allerdings erst seit der nachklassischen Rechtsentwicklung.

B. Historisch-dogmatischer Nachweis der actio de in rem verso utilis.

§ 8.

Die actio de in rem verso utilis im Rahmen der historischen Entwicklung der römischen Stellvertretung.

Das aus den Quellen gewonnene Ergebnis erfährt eine wichtige Bestätigung, wenn man die Frage, ob das römische Recht eine Ausdehnung der actio de in rem verso auf Verträge mit Freien anerkannt hat, auch vom historischen und dogmatischen Standpunkte aus untersucht. Zu diesem Zwecke ist zunächst eine rechtsgeschichtliche Betrachtung der Entwicklung der passiven Stellvertretung, d. h. der Vertretung in der Übernahme von Schulden, im römischen Rechte geboten[1]).

In den älteren Zeiten Roms waren, wie bereits betont, selbst die Hausuntergebenen nicht imstande, ihren paterfamilias sogar mit dessen Willen zu verpflichten. Noch viel weniger hierzu legitimiert waren natürlich freie Stellvertreter, zumal sie prinzipiell einen Dritten durch ihre Kontrakte nicht einmal berechtigen konnten, wie das berühmte Rechtssprichwort ausdrückt: „per liberam personam nihil adquiri posse“[2]).

Diese starren Sätze des alten Civilrechts, die eine passive Repräsentation völlig unmöglich machten, mussten naturgemäss für jede freiere Entwicklung des wirtschaftlichen Lebens ein grosses Hemmnis bilden, vor allem aber den Kreditverkehr beeinträchtigen.

---

[1]) Vgl. für das Folgende: v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, S. 22 ff.; Ude, a. a. O., S. 372 ff.; Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen, S. 22 ff.

[2]) 1 1 C. per quas personas 4, 27.

Die ersten Schritte zu einer Abhilfe auf diesem Gebiete geschahen durch den Prätor, indem er die actiones quod iussu, de peculio und de in rem verso schuf, durch die er den paterfamilias aus den Kontrakten seiner Gewaltuntergebenen haften liess[1]). Wenn auch durch diese sogenannten adjektizischen Klagen eine direkte Stellvertretung im eigentlichen Sinne nicht begründet wurde, da der Vertreter selbst nicht aus der Obligation ausschied, sondern nur seiner primären Verbindlichkeit die Haftung des Gewalthabers sekundär an die Seite trat, so war doch auf diesem Umwege ein der direkten Repräsentation ähnliches Verhältnis geschaffen. Bald ging der Prätor auf diesem von ihm eingeschlagenen Wege weiter und stellte zwei fernere adjektizische Klagen auf, welche ursprünglich wahrscheinlich gleichfalls eine Familienabhängigkeit voraussetzten[2]), bald aber auch aus den Kontrakten mit einem Gewaltfreien gegen einen bestimmten Dritten gewährt wurden. Diese Klagen waren die actio exercitoria und institoria, von denen die erstere den Schiffsreder aus den Kontrakten seines magister navium und die letztere den Geschäftsherrn aus den Verträgen des Leiters seines Gewerbegeschäftes (institor) neben dem kontrahierenden Angestellten verhaftete. Allmählich wurde dann die actio institoria mit ihren für die Sicherheit des Handelsverkehrs so wichtigen Grundsätzen über die engen Grenzen des Institorenverhältnisses hinaus ausgedehnt auf alle Fälle, in denen ein Bevollmächtigter im Namen eines Dritten kontrahierte[3]), es wurde also hier in weitem Umfange eine passive Repräsentation durch freie Stellvertreter zugelassen.

Ein ähnlicher Entwicklungsgang von einer völligen Ausschliessung zu einer weitgehenden Anerkennung der passiven Stellvertretung durch Freie lässt sich auch bei den Vormündern, den Administratoren eines städtischen Vermögens und den Prozesskuratoren verfolgen. Ursprünglich hafteten nämlich nach dem allgemeinen Grundsatze, dass jeder Freie

[1]) Vgl. oben S. 8.

[2]) Buchka, a. a. O., § 5, S. 37; Mandry, a. a. O., Bd. II, S. 579.

[3]) 1 30 (31) pr. D. de neg. gest. 3, 5; 1 19 pr. D. h. t. 14, 3; 1 10, § 5 D. mand. 17, 1; 1 13, § 25 D. de a. c. v. 19, 1; 1 5, 6 C. de exerc. et inst. a. 4, 25; Windscheid, a. a. O., § 482, Anm. 8; Dernburg, a. a. O., Bd. II, § 13, Anm. 12; Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 25, S. 127.

nur sich selbst kontraktlich berechtigen und verbinden könne, die Rechte und Verpflichtungen, die sich aus den von jenen Personen innerhalb ihrer amtlichen Tätigkeit abgeschlossenen Geschäften ergaben, ausschliesslich an der Person des Vertreters. Es traten daher häufig für den Vertreter schwere Verwickelungen und Gefahren ein, insbesondere, wenn nach Beendigung der Vertretung noch unerledigte Rechtsgeschäfte übrig waren.

Auch hier griff der Prätor helfend ein, wobei er sogar noch weiter ging als bei den adjektizischen Klagen. Denn er verweigerte nach Ablauf des Vertretungsverhältnisses die Klagen aus Rechtsgeschäften, die der Vertreter abgeschlossen hatte und die sich als Akte seiner amtlichen Stellung ergaben, für und gegen den Vertreter, gewährte sie dagegen für und gegen den Vertretenen, gerade als ob dieser selbst der wahre Gläubiger oder Schuldner wäre. Aus dieser zuerst vom Prätor völlig nach freiem Belieben geübten Praxis wurde allmählich eine ständige Rechtshilfe [1]).

So zeigt sich also in der römischen Rechtsentwickelung, obwohl prinzipiell der ursprüngliche Standpunkt selbst in den Justinianischen Rechtsbüchern noch strikt festgehalten wird [2]), eine aus den Bedürfnissen des Verkehrs entspringende scharf ausgeprägte Tendenz, die engen Fesseln des alten Zivilrechts abzuschütteln und eine Haftung des Geschäftsherrn auch aus den Verträgen seiner freien Repräsentanten anzuerkennen.

Liegt da nicht die Vermutung nahe, dass jene Tendenz auch auf die Entwicklung der actio de in rem verso von Einfluss gewesen sein und auch ihre Ausdehnung auf Kontrakte mit freien Geschäftsführern herbeigeführt haben sollte? Man wird sich einer solchen Annahme um so weniger verschliessen können, als auch die andern adjektizischen Klagen, soweit sie

[1]) Vgl. über diesen Entwickelungsgang: bezüglich der Vormünder 1 2 pr., 1 9 pr. D. de adm. 26, 7; 1 2 D. quando ex facto 26, 9; 1 2, 4 C. quando ex facto 5, 39; 1 26 C. de adm. 5, 37; bezüglich der Administratoren 1 11 pr. D. de usuris 22, 1; 1 5, § 7, 8, 9 D. de pec. const. 13, 5; bezgl. der Prozesskuratoren 1 17—28, 1 68 D. de proc. 3, 3; 1 79 de verb. obl. 45, 1; 1 5 D. de stip. praet. 46, 5. — Windscheid, § 442, Anm. 2; v. Savigny, a. a. O., Bd. II, S. 37; Buchka, a. a. O., S. 61 ff.

[2]) 1 11, § 6 D. de pign. act. 13, 7; 1 126, § 2 D. de verb. obl. 45, 1; 1 1 pr. C. per quas personas 4, 27; 1 6, § 3 C. si quis alteri 4, 50.

nicht wie die actio de peculio begrifflich dazu ungeeignet waren, sämtlich das anfangs erforderte Requisit eines Gewaltverhältnisses später fallen gelassen haben. Bezüglich der actio exercitoria und institoria ist dies bereits oben ausgeführt worden[1]). Aber auch von der actio quod iussu lässt sich ein Gleiches behaupten. Sie wurde zwar nicht selbst analog auf Freie angewandt, aber man erweiterte unter Benutzung ihrer Grundsätze die Kompetenz der actio institoria, indem man die actio quasi institoria schuf, welche sich — von geringfügigen Besonderheiten abgesehen — von der actio quod iussu nur durch das fehlende Erfordernis der potestas unterscheidet[2]). Die actio quasi institoria lässt sich also füglich als eine auf Geschäfte mit Freien ausgedehnte actio quod iussu bezeichnen[3]). Wollte man daher angesichts eines solchen Entwicklungsganges der übrigen actiones adiecticiae qualitatis, insbesondere der mit der actio de in rem verso in einunddemselben Edikte geschaffenen actio quod iusu, eine Erstreckung der Versionsklage auf Geschäfte mit Freien in Abrede stellen, so müsste man bezüglich der actio de in rem verso eine Stagnation der Rechtsentwicklung annehmen, die gerade diesem Institute gegenüber durch nichts gerechtfertigt wäre.

Nicht zutreffend erscheint der Grund, den Noodt[4]) anführt, um nachzuweisen, dass die actio de in rem verso zu einer Fortbildung nicht geeignet sei, wenn er sagt: „Quod in servo aut filiofamilias, qui in potestate sunt, singulariter a praetore constitutum est ad hominem liberum, qui in potestate non est, invito praetore trahendum non est.“ Also, weil die Versionsklage eine singuläre Norm sei, soll sie zur weiteren Ausgestaltung nicht geeignet sein? Aber die Prämisse ist unrichtig, dass es sich bei der actio de in rem verso um eine singuläre Erscheinung handelt. Sie erweist sich vielmehr als das Produkt einer systematischen Entwicklung der römischen Stellvertretungsidee, einer Entwicklung, die weiter und darüber

[1]) Seite 50.

[2]) Ueber das Verhältnis der actio quod iussu und actio quasi institoria vgl. Mandry, a. a. O., Bd. II, S. 581; Windscheid, a. a. O., § 482, Note 6—10; Buchka, a. a. O., S. 46 f.

[3]) Windscheid, a. a. O., § 482, Note 10.

[4]) Noodt, Comment. ad D. lib. 15 tit. 3 in opp. omn., Bd. II, S. 349.

hinaus fortgeschritten ist, so dass die actio de in rem verso nicht einmal das Endresultat, sondern nur eine Stufe derselben darstellt. Gerade dieser Grund ist aber für die Annahme einer Erweiterung der Versionsklage ein ganz augenscheinlicher Beweis.

Allenfalls wäre der Einwurf gestattet, dass, wenn eine Ausdehnung der Grundsätze der Versionsklage über das Gewaltverhältnis hinaus im Geiste des römischen Rechts gelegen hätte, dann wohl schon von vornherein die actio de in rem verso directa auf Freie erstreckt worden wäre. Diesem Gedanken steht indes zweierlei entgegen: Einmal konnte sich die actio de in rem verso bei ihrer Schaffung deshalb nur auf Hausuntergebene beziehen, weil sie, ebenso wie ihre Schwesterklage, die actio de peculio, ein Erzeugnis des alten Pekuliarrechts ist[1]). Ferner kommt in Betracht, dass sich die passive Stellvertretung durch Freie in Rom erst in einem viel späteren Zeitraume Bahn gebrochen hat als die passive Repräsentation durch Gewaltuntergebene. Wäre dies anders gewesen, so hätte kaum jemals eine actio quod iussu zur Existenz gelangen können, da die actio quasi institoria zur Erfüllung ihrer Funktionen ausgereicht haben würde[2]).

Auch Baron[3]) bestreitet die Möglichkeit, dass die actio de in rem verso directa auf Verhältnisse übertragen worden sein könne, in denen keine väterliche Gewalt vorhanden gewesen ist. Denn, so meint er, da diese Klage als notwendig voraussetze, dass der Vertent zur Zeit der Verwendung ein Pekulium habe, so könne sie, da mangels einer Potestas ein Pekulium unmöglich sei, auch das Requisit der väterlichen Gewalt nicht entbehren. Allein diese Schlussfolgerung erscheint unrichtig. Denn darin besteht ja gerade das Wesen der actiones utiles[4]), dass bei ihnen gewisse Essentialien der direkten Klage fehlen oder in veränderter Gestalt erscheinen. Es müssten also sehr gewichtige Gründe vorhanden sein, um die Annahme zu rechtfertigen, dass eine der direkten Versionsklage analoge actio ohne das Requisit eines Pekulium nicht existiert haben könne. Baron selbst vermag aber solche Gründe nicht an-

[1]) Vgl. oben S. 11.
[2]) Vgl. Mandry, a. a. O., Bd. II, S. 579 ff.
[3]) Baron, a. a. O., S. 40 ff.
[4]) Vgl. oben S. 8.

zuführen, und es dürften sich in der Tat auch keine finden lassen. Im Gegenteil ist eine Ausdehnung der actio de in rem verso auf den Verkehr mit Freien um so eher denkbar, als in dem privaten Vermögen des freien Stellvertreters ein Element vorhanden ist, das für die Versionsklage durchaus dieselbe Rolle zu spielen vermag wie das Pekulium beim Vorliegen eines Gewaltverhältnisses[1]). Vor allem spricht aber gegen Baron, dass in l 21 und 22 D. de in rem verso 15, 3, wie oben nachgewiesen[2]), ein Fall dargestellt ist, wo die Versionsklage bei Abwesenheit eines Pekulium sogar trotz des Vorhandenseins einer Potestas utiliter angewandt worden ist, obwohl hier nicht einmal in dem freien Vermögen des Vertreters ein Surrogat für das Pekulium gegeben war.

§ 9.

Die Anwendbarkeit der Grundsätze der actio de in rem verso auf die Geschäfte mit Freien.

Da die actio de in rem verso utilis an und für sich in der Entwicklung des römischen Rechts eine zuverlässige Basis hat, fragt es sich noch, ob aus innern Gründen eine Ausdehnung der actio de in rem verso directa angängig ist, mit anderen Worten, ob ihre Sätze zu einer analogen Anwendung auf Kontrakte mit Freien geeignet sind. Denn a priori erscheint es keinesfalls als ausgeschlossen, dass die Klage, wiewohl im Falle der potestas von höchster Billigkeit, ausserhalb dieses Verhältnisses vielleicht zu unbilligen Konsequenzen führen könnte. In Wirklichkeit jedoch trifft diese Möglichkeit nicht zu, da weder der Beklagte, noch der freie Geschäftsführer durch die utile Versionsklage irgendwelche Nachteile erleiden[3]). Denn für den mit der Versionsklage Belangten ist es ohne jedes Interesse, ob er an den Vertenten zahlt oder an den Versionskläger, während er vor einer doppelten Zahlung nach den Grundsätzen der actio de in rem verso geschützt bleibt. Hat er nämlich den Vertenten befriedigt, so kann der Versions-

[1]) Vgl. den nächsten Paragraphen.
[2]) Vgl. S. 21.
[3]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O., S. 2

kläger nicht durchdringen, da das versum non durat[1]; hat er dagegen den Versionskläger befriedigt, so ist er damit auch von der Geschäftsführungsklage des Vertenten befreit, welcher, weil gleichzeitig der Kontraktsklage des Versionsklägers enthoben, keinen Regress mehr an den Herrn nehmen kann. Ebensowenig ist schliesslich auch der Vertent benachteiligt, wenn sein Kontrahent sich direkt an den Geschäftsherrn hält, da er sich dadurch eine doppelte Mühe, an den Versionskläger zu zahlen und andererseits sich von dem Versionsbeklagten Ersatz leisten zu lassen, erspart.

Bedenken könnte nur der Umstand erwecken, dass bei einem Konkurse des Vertenten seine Gläubiger dadurch, dass sich der Kontrahent vermittels der Versionsklage an den Geschäftsherrn halten kann, insofern schlechter gestellt erscheinen, als andernfalls der ganze Anspruch an den Geschäftsherrn in die Masse gefallen wäre, der Kontrahent aber auf seine Forderung nur die Konkursquote ausgezahlt erhalten hätte. Liegt hierin nicht eine ungerechtfertigte Bevorzugung eines einzelnen Konkursgläubigers auf Kosten der Gesamtheit? Die Frage ist zu verneinen. Denn der Anspruch des Vertenten gegen den Geschäftsherrn ist, wie oben nachgewiesen[2], ein Liberationsregress, d. h. er geht nicht auf Zahlung an den Vertenten, sondern auf dessen Befreiung von seiner Schuld, also auf Zahlung an den Kontrahenten. An der Zugehörigkeit einer solchen Forderung zur Konkursmasse haben aber naturgemäss die Gläubiger mit Ausnahme des Kontrahenten kein Interesse, weil er für sie unverwertbar ist. Daher werden sie auch nicht geschädigt, wenn der Kontrahent mit der actio de in rem verso utilis den Geschäftsherrn unmittelbar auf Zahlung belangen kann[3][4].

[1] 1 10, § 6 De in rem verso 15, 3; vgl. oben S. 16.

[2] Vgl. S. 15.

[3] Vgl. v. Tuhr, a. a. O., S. 123 ff.; Wellspacher, a. a. O., S. 86 ff.

[4] Einen ähnlichen Erfolg, wie er durch die Versionsklage im Konkurse des Vertenten erzielt wird, sucht das moderne Recht dem Kommissionär gegenüber herbeizuführen, indem § 392 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 bestimmt: Jedoch gelten solche Forderungen (d. h. aus einem von dem Commissionär abgeschlossenen Geschäfte) im Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten.

Wenn hiernach die Versionsklage, auch auf Freie ausgedehnt, sich als ein Rechtsmittel erweist, das für den Kontrahenten, ohne die Interessen der anderen Betheiligten zu verletzen, ein sehr brauchbares Instrument zur Verfolgung seiner Rechte bildet, so gewinnt damit die Annahme, dass diese Ausdehnung auch in der Tat im römischen Rechte stattgefunden hat, eine erhebliche Bestärkung.

§ 10.

Die actio de in rem verso utilis in Hinsicht auf das praktische Bedürfnis.

Auch die Rechtslogik spricht dafür, eine actio de in rem verso utilis anzunehmen, weil dasselbe Bedürfnis, das im Sklavenverkehr zu einer Versionsklage geführt hat, sich auch bis zu einem gewissen Grade im Verkehr mit Freien geltend machen, also zu einer Erweiterung der ursprünglichen Klage führen musste. Zwar wird gerade dieses Bedürfnis von einem Teile der juristischen Schriftsteller[1]) geleugnet, aber die Gründe, mit denen sie ihre Auffassung stützen, sind nicht stichhaltig.

So beruft sich Brinz[2]) darauf, dass ja der Gläubiger an seinem freien Kontrahenten — im Gegensatze zu dem Hausuntergebenen — einen „unbeschränkt exequierbaren“ Gegner habe und dass, falls von diesem nichts zu holen sei, dem Gläubiger doch noch immer das „Recht“ auf Abtretung der actio negotiorum gestorum oder der actio mandati bleibe. Ein solches „Recht“ des Gläubigers existiert jedoch in Wirklichkeit nicht, denn, wie Ihering[3]) mit Recht bemerkt: „Der Dritte kann von seinem Kontrahenten stets nur Erfüllung des Vertrages, nicht aber Cession einer Klage verlangen.“ Dieser Grundsatz wird mit entschiedenster Deutlichkeit ausgesprochen durch l 21 D. de her. vel. act. vend 18,4 in dem Passus: non enim actiones ei, sed rem praestare debeo; er wäre aber auch ohne

[1]) Insbesondere: Brinz, Pandekten, § 259, 2; von Savigny, a. a. O., Bd. II, S. 31 ff.; Witte, Bereicherungsklagen, S. 266.

[2]) a. a. O.; ähnlich auch die andern.

[3]) Ihering in den Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 1, S. 338; ebenso Ruhstrat im Magazin f. deutsch. Recht d. Gegenw. Bd. 4, S. 229; Sintenis, Civilrecht, Bd. 2, § 102, Note 86.

diese Quellenstelle unzweifelhaft. Denn ebensowenig wie der Schuldner das Recht hat, den Gläubiger statt mit dem geschuldeten Objekte mit der Cession einer actio abzufinden (cf. auch l 15 C. si certum petatur 4,2), kann folgerichtig auch umgekehrt der Gläubiger das Recht haben, statt des Schuldobjektes die Abtretung einer actio zu fordern. Fehlt dem Gläubiger aber das Recht auf die Abtretung einer Klage, so wird ihm sein „unbeschränkt exequierbarer" Gegner unter Umständen von sehr problematischem Nutzen sein, insbesondere wenn er ihn wegen Vermögenslosigkeit oder Abwesenheit nicht oder wenigstens nicht mit Erfolg belangen kann. Deshalb kann das Bedürfnis, die actio de in rem verso auch auf mit freien Geschäftsführern geschlossene Geschäfte auszudehnen, einem Bedenken nicht wohl unterzogen werden.

§ 11.

C. Das Anwendungsgebiet der actio de in rem verso utilis.

Es erübrigt noch, das Anwendungsgebiet der actio de in rem verso utilis zu begrenzen, da infolge des unzureichenden Quellenmaterials auch über dieses unter den Juristen keine Einigkeit obwaltet. Hierbei ist stets im Auge zu behalten, dass die Klage eine actio utilis ist und dass daher die Grundsätze der actio directa, soweit es mit den Tendenzen der abgeleiteten Klage vereinbar ist, auch auf diese analoge Anwendung finden müssen.

Entsprechend der actio directa bildet unbestrittenermassen die erste Voraussetzung der actio de in rem verso utilis ein negotium des Klägers mit einer Zwischenperson; doch während bei jener Klage diese Zwischenperson ein Gewaltuntergebener ist, ist sie bei der letzteren Klage ein Gewaltfreier. Ein weiteres gemeinschaftliches Erfordernis beider Klagen besteht darin, dass die Zwischenperson (Vertent) durch Verwendung der aus dem Geschäfte mit dem Kläger erlangten Mittel einen Liberationsregress gegen den Beklagten, d. h. einen Anspruch auf Befreiung von seiner Schuld an den Kläger[1]) erlangt haben muss.

[1]) Vgl oben S. 16.

Diese Voraussetzung der actio de in rem verso utilis, die nach der in der Einleitung (§ 1) vertretenen Auffassung von dem Wesen der actio directa sich von selbst ergibt, wird heute von keiner Seite mehr in Abrede gestellt. Denn auch diejenigen Schriftsteller[1]), die die actio de in rem verso directa als reine Bereicherungsklage ansehen, bestreiten für die actio utilis nicht, dass der Vertent bei Vornahme der Verwendung als Geschäftsführer des Herrn gehandelt und dass er bereits beim Abschlusse des Geschäfts mit dem Kläger den animus negotia gerendi gehabt, also von vornherein sich mit der Absicht getragen haben muss, die aus dem Geschäft erlangten Werte im Interesse des Herrenvermögens zu verwenden[2]).

Vielfach[3]) wird die Behauptung aufgestellt, dass nicht, wer mit einem Geschäftsführer jeglicher Art, sondern nur, wer

---

[1]) Daue im Neuen Archiv f. preuss. Recht und Verfahren. Bd. X, S. 282; Sintenis, a. a. O. § 102, Note 86; Scheuer, Ueber die actio de in rem verso, S. 46; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 14 und die unten, S. 58, Note 2, Abs. 1 Citierten.

[2]) Noch bis fast in die Mitte des neunzehnten Jahrhunderts hinein, hielt jedoch eine sehr verbreitete Ansicht (vgl. Entscheidungen des Schoppenstuhls zu Jena vom 26. Oktober 1839 in Seufferts Archiv, Bd. 8, No. 257) dieses Requisit für die actio de in rem verso utilis nicht für erforderlich, die man daher auch in Fällen gewährte, in denen ganz zufällig ein Vortheil durch den Kontrakt zweier anderer Personen in das Vermögen eines Dritten gelangt war. Ja, in dieser Richtung kam man so weit eine mit dinglicher Kraft ausgerüstete actio de in rem verso realis anzuerkennen, wobei man eine Verwechselung mit dem Pfandprivileg wegen versio in rem beging (vgl. Hellfeld, Jurisprudentia forensis § 917 i. f.; Leyser, in spec. 167 med. I: „Habet enim illa hypothecam tacitam adnexam). Dieser übermässigen Ausdehnung der Klage gegenüber klingt der Ausruf von G. C. Seuffert (De eo quod iustum est circa de in rem verso actionem 1822) nur zu begreiflich: „Omnes fere reliquas iuris partes, omnes fere actiones et exceptiones absorbet ista Charybdis". Die Stütze für jene so weit gehende Auffassung der actio de in rem verso utilis bildete der vermeintliche Grundsatz des römischen Rechts, dass sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern dürfe (Sell, a. a. O. S. 37 ff. § 16). In der Tat widerspricht jedoch dieser Satz allen Prinzipien des Rechtes, und die Bereicherung allein ohne Hinzutreten eines Grundes kann niemals eine Klage begründen. (Vgl. l 49 D. de cond. ind. 12, 6; vgl. ferner Glück, Kommentar, Bd. 14, S. 419 ff; Puchta, Vorles. § 279 a. E.; v. Keller, Pand., 2. Aufl., S. 392.

[3]) Mackelday, Lehrb. d. heutigen röm. Rechts, 1834 Bd. 2, S. 333; Fritz, a. a. O., S. 251; Sell; a. a. O., S. 40; Unterholzner, Schuld-

mit einem negotiorum gestor kontrahiert habe, eine actio de in rem verso utilis gegen den dominus erwerbe. Hierin würde eine erhebliche Abweichung von der actio directa liegen; doch sie ausreichend und stichhaltig zu begründen, ist nicht gelungen[1]).

Sell meint, dass die l 7 C. quod cum eo 4, 26, in der allerdings nur von einem unbeauftragten Geschäftsführer die Rede ist, strikt zu interpretieren sei, und zwar als korrektorische Bestimmung. Diese letztere Anschauung ist indes unzutreffend, denn es handelt sich, wie aus den obigen Ausführungen[2]) folgt, bei der actio de in rem verso utilis um eine Klage, die der historischen und logisch notwendigen Entwicklung des römischen Rechts entspricht. Es wäre daher umgekehrt sogar verfehlt, die l 7 C. cit. allzu eng und einseitig auszulegen; vielmehr ist dem darin ausgesprochenen Prinzipe ein möglichst weites Geltungsgebiet zu verschaffen.

Von anderer Seite wird angeführt, dass eine actio de in rem verso utilis ausserhalb des Verhältnisses der negotiorum gestio um deswillen überflüssig sei, weil in den andern Fällen (z. B. Mandat, Vormundschaft) dem Gläubiger günstigere Klagen[3]) gegen den dominus zu Gebote ständen. Aber dieser Umstand kann höchstens ein Grund dafür sein, dass die Versionsklage in diesen Fällen wenig praktisch ist, und nicht zugleich auch dafür, dass sie ausgeschlossen sein soll, zumal auch sonst elektiv konkurrierende Klagerechte nicht zu den Seltenheiten gehören.

Wenn ausserdem die herrschende Ansicht, dass die actio quasi institoria stets voraussetzt, dass der Gläubiger mit dem Mandatar im Hinblick auf den dominus kontrahiert hat[4]) richtig ist, so kann sogar die actio de in rem verso utilis unter Um-

---

verhältnisse 1840, Bd. I, S. 421 ff; Chambon, die negotiorum gestio, 1848, S. 192; Wächter, Pand. § 203; Ihering in den Jahrbüchern für Dogm., Bd. I, S. 340.

[1]) Vgl. Ude, a. a. O., S. 385 ff; Sintenis, a. a. O., § 102, Note 86; Seuffert's Archiv, Bd. 4, No. 221.

[2]) Vgl. oben §§ 8—10.

[3]) z. B. actio quasi institoria.

[4]) Vgl. Dernburg, Pand., Bd. II, § 13, Anm. 13; Windscheid, § 482, Anm. 9.

ständen die allein zulässige Klage sein[1]). Das wird in solchen Fällen eintreffen, wo der Gläubiger dem Mandatar kreditiert hat, ohne Kenntnis von dem Vorliegen eines Auftrages zu haben, denn die actio de in rem verso utilis erfordert nicht Kreditieren im Hinblick auf den dominus. Es liegt somit nicht die geringste Veranlassung vor, von den Grundsätzen der actio directa abzugehen; die actio de in rem verso utilis ist daher bei jedem Repräsentationsverhältnisse zulässig.

Die erheblichste Kontroverse hinsichtlich der Anwendung der actio de in rem verso utilis betrifft die Frage, ob es notwendig ist, dass der Geschäftsführer beim Kontraktschlusse als solcher aufgetreten ist (also als direkter Stellvertreter seines Herrn kontrahiert hat). Für die Notwendigkeit dieses Requisites treten hauptsächlich Ihering und Windscheid ein[2]).

Zweifellos ist es, dass für die actio directa nicht verlangt wird, dass die Mittelsperson als directer Stellvertreter handelt[3]), aber auch für die actio utilis ist dieses Erfordernis zu verneinen. Denn die Quellen bieten, wie Windscheid selbst zugesteht, für die Notwendigkeit jener Klagevoraussetzung keine Stütze. Ihering allerdings will eine solche in der l 7 § 3 C. quod cum eo 4, 26 finden in den Worten „et eius personam elegisti". Richtig ist bei dieser Auffassung, dass aus den Worten hervorgeht, dass der Darleiher zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer hat wählen können, dass er somit um die Geschäftsführungsabsicht seines Kontrahenten gewusst hat; jedoch nicht zutreffend ist es, daraus zu schliessen, dass der Geschäftsführer als direkter Stellvertreter kontrahiert hat. Denn das blosse Wissen des Darleihers, dass er mit einem Geschäftsführer kontrahiert, kann diesem noch keineswegs die Qualität als direkter Stellvertreter verleihen[4]).

[1]) Vgl. v. Tuhr, a. a. O., S. 320.

[2]) Ihering in den Jahrb. f. Dogm. Bd. I, S. 339 ff; Windscheid, Pand., § 483, Note 5; ferner Witte, Bereicherungsklagen, S. 266; vgl. auch Seuffert, Archiv, Bd. 42, No. 13; Bd. 43, No. 18; Bd. 50, No. 20.

Die andere Ansicht vertreten: Ruhstrat im Mag. f. d. Deutsche Recht d. Gegenwart, Bd. III, S. 24; Brinz, Pand., § 259, 2; Wächter, Pand., Bd. II, § 203, Beil. 2; vgl. auch Seuffert, Archiv, Bd. 29, No. 29, und Jahrb. f. deutsche Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung, Bd. 13, No. 17

[3]) Vgl. oben S. 17.

[4]) Vgl. Ruhstrat a. a. O.

Als Hauptstütze für ihre Ansicht berufen sich jedoch Windscheid wie Ihering auf die Analogie der actio institoria, denn, so führt der erstere aus, „wenn ein Dritter nicht aus seiner Erklärung haftet, ohne dass das Rechtsgeschäft im ausgesprochenen Sinne auf seine Person abgeschlossen wurde, so kann er auch aus seiner Bereicherung ohne solchen Bezug nicht haften“[1]). Auch dieser Schluss ist zu beanstanden. Denn bei der actio quod iussu haftet der Herr nur, wenn der dritte Kontrahent im Hinblick auf die Person des pater familias kontrahiert hat[2]), während bei der actio de in rem verso directa dieses Erfordernis anerkanntermassen nicht verlangt wird. Es liegt aber kein ersichtlicher Grund dafür vor, dass zwischen der actio quasi institoria, dem Analogon der actio quod iussu[3]), und der actio de in rem verso utilis, dem Analogon der actio directa, nicht derselbe Unterschied hinsichtlich jenes Requisites bestehen sollte, wie zwischen den beiden anderen Klagen. Daher ist nicht anzuerkennen, dass für die actio de in rem verso utilis erforderlich ist, dass der Geschäftsführer als direkter Stellvertreter des Geschäftsherrn kontrahiert hat.

Eine ganz eigenartige Einschränkung der Klage strebt Kritz an[4]). Er hält nämlich eine actio de in rem verso utilis nur für zulässig, „wenn es liquid vorliegt, dass der wirkliche Gläubiger (also die Mittelsperson) keine Ansprüche auf Tilgung der Schuld machen werde“. Dieses Erfordernis leitet er her aus l 20 und 21 D. de in rem verso 15, 3. Dabei hat er jedoch nicht beachtet, dass es sich in diesen Stellen um eine filiafamilias handelt und dass die daselbst gewährte Klage (vgl. oben § 2) mit der hier behandelten nicht identisch ist. Seine Ansicht geht deshalb fehl.

Dass auch in allen sonstigen Beziehungen, insbesondere hinsichtlich der Höhe der Haftung des Geschäftsherrn, sich die actio de in rem verso utilis völlig analog nach der directa richtet, ist unbestritten.

---

[1]) Windscheid, a. a. O.

[2]) Gajus Inst. IV, § 70, l 1 und 2 I. quod cum eo 4, 7; vergleiche Dernburg, Pand., Bd. II, § 14, Anm. 4; Buchka, a. a. O., S. 35; Windscheid, Bd. II, § 482, Note 9.

[3]) Vgl. oben, S. 50, Anm. 1.

[4]) Kritz, das Pandektenrecht, Bd. I, S. 443 ff.

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten (13. Aufl. Stuttgart 1886).

Baron, Pandekten (8. Aufl. Leipzig 1893).

— Die adjektizischen Klagen (Berlin 1882).

Brinz, Pandekten (2. Aufl. 1873).

Bucher, Das Recht der Forderungen (2. Aufl. Leipzig 1830).

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (Rostock und Schwerin 1852).

Chambon, Die negotiorum gestio (Leipzig 1848).

Cujacius, Omnia opera, Bd. IX (Neapel 1758).

Daae, Über die Klage aus der Verwendung nach römischem und preussischem Rechte. (Neues Archiv für preussisches Recht und Verfahren, Bd. X, 1845, S. 267.)

Dernburg, Pandekten (5. Aufl. Berlin 1897).

Donellus, Omnia opera, Bd. VIII (1765).

Eisele, Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Kodex. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. VII, S. 13.)

— Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. X, S. 296; Bd. XI, S. 1; Bd. XIII, S. 118.)

Fritz, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, III. Heft (Freiburg 1839).

Glück, Pandektenkommentar, Bd. XIV (Erlangen 1813).

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht (2. Aufl. Göttingen 1843).

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten (Berlin 1887).

Hellfeld, Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem (Ed. nov. Jena 1787).

Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften (München 1882).

Höpfner, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen (7. Aufl. Frankfurt a. M. 1803).

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen und den dazu gehörigen Materien (Stuttgart 1882).

Jakobi, Die Lehre von der nützlichen Verwendung (Jena 1861).

Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. I, S. 273.)

Kämmerer, Kann jemand, der in gutem Glauben etc. (Zeitschrift für Civilrecht und -prozess, Bd. VIII, S. 341 ff.)

v. Keller, Pandekten (2. Aufl. Leipzig 1866).
Kohler, Die Menschenhilfe im Privatrecht. (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXV, S. 1.)
Kritz, Das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians, Bd. I (Meissen 1835).
Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (Jena 1855).
Lenel, Das Edictum perpetuum (Leipzig 1883).
— Zur sogenannten actio de in rem verso utilis. (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 78, S. 354.)
Leyser, Meditationes ad Pandectas, Bd. III (Leipzig 1725).
Löwenfeld, Die selbständige actio de in rem verso (München 1873).
Mackelday, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts II (Wien 1834).
Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht (Tübingen, Bd. I, 1871; Bd. II 1876).
Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte (Greifswald 1826).
Noodt, Opera omnia ed. nov., Bd. II (Cöln 1784).
Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. (Halle, Bd. I, 1873; Bd. II, 1878.)
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht (6. Aufl. Leipzig 1873).
— Pandekten (11. Aufl. Leipzig 1872).
Ruhstrat, Die negotiorum gestio des dritten Kontrahenten. (Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart, Bd. III, S. 1 ff.)
— Beitrag zur Lehre von der Kontraktschliessung (ebenda Band IV, S. 161 ff.).
— Über die aussergerichtliche Repräsentation. Archiv für die Praxis des gesamten im Grossherzogtum Oldenburg geltenden Rechtes, Bd. I, S. 16 ff.).
— Zur Lehre von der actio de in rem verso. (Dogm. Jahrb. Bd. XV, S. 268 ff.).
— Bemerkungen über die actio de in rem verso. (Dogm. Jahrb. Bd. XIX, S. 416 ff.).
von Savigny, Obligationenrecht, Bd. II, (Berlin 1853).
Scheuer, Über die actio de in rem verso, (München 1866).
Scheurl, Über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. (Jahrbuch für Dogmatik Bd. II, S. 1.
Schlossmann, Über die sogenannte actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae. (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXVIII, S. 287 ff.).
— De in rem verso (ebenda Bd. XXXIV, S. 78 ff.).
— Nochmals die actio de in rem verso utilis (ebenda Bd. XXXVI, S. 316 ff.).
Schweppe-Meier, das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Bd. III, (Göttingen 1831).
Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts. Giessen 1833).
G. C. Seufert, De eo quod iustum est circa de in rem verso actionem, Würzburg 1822).
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht (2. Aufl. Würzburg 1848).

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. II (3. Aufl. Leipzig 1868).
Stryk, Usus modernus Pandectarum, Bd. II (Halle und Magdeburg 1749).
Thibaut, System des Pandektenrechtes, Bd. I (8. Aufl. Jena 1834).
v. Tuhr, Die actio de in rem verso (Freiburg und Leipzig 1895).
— De in rem verso. (Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 34, S. 431 ff.)
Ude, Von den Voraussetzungen der actio de in rem verso utilis. (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 50, S. 370.)
Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen (Leipzig 1840).
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten (7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863).
v. Wächter, Pandekten, Bd. II (Leipzig 1881).
Wellspacher, Versio in rem (Wien 1900).
Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bd. II (München 1831).
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900).
Wissora, Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, Bd. I, (Stuttgart 1897).
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. (Halle 1859).
Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. (Strassburg 1876).

Lebenslauf.

Am 21. August 1877 wurde ich als Sohn des im Dezember 1903 verstorbenen Kaufmanns Adolf Mendelsson und seiner Ehefrau Jenny geb. Auerbach in Breslau geboren. Meine Schulbildung genoss ich am Gymnasium zu St. Elisabet in Breslau, das ich Ostern 1896 mit dem Zeugnisse der Reife verliess. Ich studierte hierauf die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Berlin und Breslau und hörte Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Beling, Benneke †, Brie, Brunner, Dahn, Dernburg Eck †, Elster, Fischer Heymann, Hübler, Jacobi, Jörs, Kohler, Leonhard, Schmoller, Sombart.

Allen diesen meinen Herren Lehrern fühle ich mich zu aufrichtigstem Danke verpflichtet.

Am 21. Dezember 1899 bestand ich zu Breslau die erste juristische Prüfung und wurde am 3. Januar 1900 als Referendar vereidigt. Ich war seitdem im juristischen Vorbereitungsdienst beschäftigt und bin vor wenigen Tagen vom Oberlandesgericht Breslau zur grossen Staatsprüfung entlassen worden.

Thesen.

I. Die kumulative Schuldübernahme bedarf nach dem bürgerlichen Gesetzbuche keiner Form.

II. Die Eintragung eines Einzelkaufmanns ins Grundbuch unter seiner Firma ist unzulässig.

III. Die Verpflichtung des Bezogenen entsteht durch die Niederschrift des Acceptes auf dem Wechsel, nicht erst durch die Ausantwortung des mit dem Accepte versehenen Wechsels.

IV. Der Schuldner ist zur Leistung des Offenbarungseides gemäss § 807 der Civilprozessordnung auch auf Grund eines Arrestbefehles verpflichtet.